

MICHELANGELA SCALABRINO

## VIAGGIARE INFORMATI

ovvero

### IL DIRITTO ALL'ASSISTENZA CONSOLARE NEGLI STATI UNITI: UN' ALTRA OCCASIONE MANCATA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'OC-16/99 della Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3. La giurisprudenza della CIG: le sentenze *LaGrand* e *Avena*; 4. Le reazioni alla sentenza *Avena* e la giurisprudenza della Corte Suprema USA; 5. Conclusioni; 6. Post factum.

#### **1. Introduzione**

Secondo statistiche accreditate, il numero delle infrazioni penali ed amministrative commesse dagli stranieri -clandestini inclusi-<sup>1</sup> che si trovano occasionalmente o stabilmente in un determinato paese non è in media più elevato di quello attribuibile ai nazionali.

In quasi tutti gli Stati caratterizzati da forte immigrazione, tuttavia, si evidenzia ormai da anni la tendenza a “criminalizzare” le infrazioni amministrative degli stranieri (soprattutto la mancanza del visto d'ingresso e del permesso di soggiorno<sup>2</sup>) e a sottoporre spesso questi ulti-

---

<sup>1</sup> Cfr. Rapporto 2002 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos sui Migranti, cap. 3.

<sup>2</sup> Cfr. ad es. la decisione 22 giugno 2006 della Corte Suprema USA nel caso *Fernandez-Vargas v. Gonzales*; i casi *United States of America v. Reyes-Platero*, Corte d'Appello del 9° Circuit, N° 99-50234, 3 maggio 2000; *United States of America v. Jimenez Nava*, Corte d'Appello del 5° Circuit, N° 99-11300, 26 febbraio 2001; *United States of America v. Minjares-Alvarez*, Corte d'Appello del 10° Circuit, N° 00-2004, (senza data); l'Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa all'OC-18/03 della Corte Interamericana, § 15; il Doc. N.U. A/59/377, intitolato “Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale de la Commission des droits de l'homme, M.me Rodríguez Pizarro”, § 37, e i Rapporti 2002 e 2004 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos, rispettivamente cap. 6a, §§ 18-22 e 48 e §§ 51-52. Il costo della politica di “criminalizzazione” è peraltro assai elevato, almeno negli Stati Uniti: R. D. FREI, Reforming U.S. Immigration Policy in an Era of Latin American Immigration: the Logic Inherent in Accommodating the Inevitable, 39 *University of Richmond Law Rev. Association*,

mi a provvedimenti restrittivi della libertà personale senza ordine di un giudice.

Gli Stati Uniti non fanno eccezione a questa regola<sup>3</sup>. Stretti da un numero sempre crescente d'immigrati clandestini e dal terrore del terrorismo<sup>4</sup>, la detenzione di stranieri illegali senza provvedimento dell'autorità giudiziaria vi è infatti praticata da tempo in forma abituale<sup>5</sup>.

Quando uno straniero viene invece legalmente privato, anche temporaneamente, della libertà personale, l'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari vorrebbe che egli fosse informato "senza ritardo" del diritto di godere, volendolo, dell'assistenza delle autorità consolari del suo paese: per chi si trova lontano da casa, in uno Stato di cui non conosce le leggi e talora anche la lingua; che non ha la possibilità d'individuare un avvocato preparato che lo assista né, spesso, almeno nell'immediato, la capienza economica per retribuirlo, sapere di poter contare sull'appoggio di propri connazionali qualificati è certo, anche psicologicamente, un aiuto di non poco conto.

---

2005, pp. 1379-1380, segnala infatti come esempio che «California taxpayers are spending annually \$1.4 billion on costs associated with the incarceration of illegal aliens».

<sup>3</sup> F. W. MUNGER, *Social Citizen as "Guest Worker": a Comment on Identities of Immigrants and the Working Poor*, 49 *New York Law School Law Rev.*, 2004, p. 671, nota 36: «For Hispanic Americans and other non-whites often targeted by INS (Immigration National Service), even U.S. citizenship is no shield against arbitrary arrest and detention until papers are produced».

<sup>4</sup> Cfr. M. H. TAYLOR, *Dangerous By Decree: Detention Without Bond in Immigration Proceedings*, 50 *Loyola Law Rev.*, pp. 152-159, ove si mette in evidenza la pratica relativa agli stranieri sospettati di essere coinvolti in attività terroristiche prima e dopo l'entrata in vigore del *Patriot Act*. Si veda anche il rapporto 2002, *cit.*, della Commissione Interamericana sui Migranti, § 53.

<sup>5</sup> Taylor, *cit.*, p. 160: «Once a removal order has been entered, detention during a ninety-day removal period is mandated, and the Homeland Security discretion to detain thereafter is granted. In *Zadydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), the Supreme Court construed limited post-order detention to a period reasonably necessary to bring about an alien's removal from the U.S.». Nello stesso senso, cfr. anche A. LANGENFELD, *Living in Limbo: Mandatory Detention of Immigrants Under the Illegal Immigration Reform and Responsibility Act of 1996*, 31 *Arizona State Law Jn'l*, 1999, pp. 1047-1060; C. McCaslin, *"My Jailor Is My Judge": Kestutis Zadvydas and the Indefinite Imprisonment of Permanent Resident Aliens by the INS*, 75 *Tulane Law Rev.*, 2000, p. 193ss.; il Rapporto N° 51/01 del 4 aprile 2001 della Commissione Interamericana de Derechos Humanos nel caso *Ferrer-Mazora y Otros ("Flotilla Libertad" del Mariel) c. Estados Unidos*, e i docc. OEA/Ser./L/V/II.114-5 del 16 aprile 2002, §§ 49-74 e 77 e OEA/Ser.L/V/II.118-70 del 29 dicembre 2003, § 25.

Dal punto di vista tecnico, assistenza consolare significa generalmente garanzia che la propria situazione giuridica venga analizzata e gestita da un legale bilingue di fiducia in luogo di un qualunque avvocato d'ufficio<sup>6</sup> spesso non sufficientemente preparato<sup>7</sup>, nominato da un tribunale locale a processo ormai incardinato su imputazioni già consolidate<sup>8</sup>.

La pratica degli Stati Uniti è invece difforme<sup>9</sup> anche in questo, perfino quando si tratti di accuse che comportano o potrebbero comportare la pena capitale<sup>10</sup>: l'esposizione in fatto contenuta negli scritti di causa

---

<sup>6</sup> Nella *Resolution* N° 107 adottata il 9 agosto 2005 ed intitolata “*Report of the Standing Committee on Legal Aid and Indigent Defendants in Criminal Justice*”, l'*American Bar Association* afferma (pp. 1-2): «Thousands of persons are processed through America's courts every year... with a lawyer who does not have the time, resources, or in some cases the inclination to provide effective representation. All too often, defendants plead guilty even if they are innocent, without really understanding their legal rights or what is occurring. Sometimes the proceedings reflect little or no recognition that the accused does not adequately understand English...Prosecutors sometimes improperly seek waivers of counsel, and subsequent pleas of guilty, from unrepresented indigent defendants, while judges either ignore or openly encourage such practices. Some judges make no attempt to determine whether an accused's waiver is knowing, voluntary, and intelligent before accepting it».

<sup>7</sup> L'assistenza tecnica degli avvocati d'ufficio di quasi tutti i messicani citati nell'allegato *ad hoc* della sentenza resa dalla CIG nel caso *Avena* era stata insufficiente, dal momento che nessuno di essi conosceva l'esistenza della Convenzione di Vienna. Anche per questo motivo una delle *Guidelines for the Appointment and Performance of Defence Counsel in Death Penalty Cases*, pubblicate nel febbraio 2003 dall'*American Bar Association*, (Guideline 10.6, “*Additional Obligations of Counsel Representing Foreign Nationals*”, pp. 73-75), raccomanda specificamente che: «B. Counsel representing a foreign national should: 1. immediately advise the client of his or her right to communicate with the relevant consular office; and 2. obtain the consent of the client to contact the consular office. After obtaining consent, counsel should immediately contact the client's consular office and inform it of the client's detention or arrest».

<sup>8</sup> Il fenomeno non è tuttavia ignoto anche all'esperienza giurisprudenziale della Corte Interamericana, come dimostra l'esposizione in fatto relativa al caso *Tibi c. Ecuador*, sentenza C 114 del 7 settembre 2004, §§ 90 ss. e 194.

<sup>9</sup> In *La Grand, Plaidoirie Simma*, II, § 8, la Repubblica Federale di Germania ha infatti osservato che «If one looks at the list of cases involving German citizens most recently detained in violation of Article 36, what we do see is a continuing pattern of neglect of Article 36 by U.S. law enforcement authorities» ed anche in *Avena* il Messico chiese che la pratica USA nei confronti dei propri connazionali detenuti fosse dichiarata «pratique récurrente et continue de violation de l'art.36 de la Convention de Vienne».

<sup>10</sup> Le poche eccezioni sono citate da B. P. Whitesell, *Diamond in the Rough: Mining Article 36.1(b) of the Vienna Convention on Consular Relations for an Individual Right to Due Process*, 54 *Duke Law Jn'l*, 2004, p. 587 ss. e nota 8. Cfr. anche il Rapporto Rodríguez Pizarro, *cit.*, § 15d.

relativi al noto caso *Breard*<sup>11</sup> e nelle sentenze posteriori, ancor più note, rese dalla CIG nelle cause *LaGrand*<sup>12</sup> e *Avena ed altri*<sup>13</sup> lo mostra chiaramente<sup>14</sup>, al pari dei fatti sottostanti la richiesta di Opinione Consultiva presentata *medio tempore* dal Messico alla Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup>.

## 2. L'Opinione Consultiva 16/99 della Corte Interamericana

A fronte delle sollecitazioni dello Stato domandante, preoccupato per la sorte processuale dei molti suoi cittadini già condannati a morte o reclusi per gravi delitti negli Stati Uniti<sup>16</sup>, -nessuno dei quali tempestivamente assistito dalle rispettive autorità consolari-, gli USA fecero infatti valere l'argomento che avrebbero sostenuto anche in seguito, davanti alla CIG: l'art. 36 concerne solo i rapporti tra Stati contraenti<sup>17</sup> e pertanto

<sup>11</sup> *Paraguay c. Stati Uniti d'America*.

<sup>12</sup> *Repubblica Federale di Germania c. Stati Uniti d'America* – sentenza n° 104 del 27 giugno 2001.

<sup>13</sup> *Messico c. Stati Uniti d'America* – sentenza n° 128 del 31 marzo 2004.

<sup>14</sup> Cfr. *La Grand, Plaidoirie Simma*, II, § 1.

<sup>15</sup> OC-16/99 del 1 ottobre 1999 «*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*». Dopo la data dell'OC-16/99, si vedano i Rapporti della Commissione Interamericana N° 61/03 sull'ammissibilità e N° 1/05 sul merito del caso *Moreno Ramos* (uno dei messicani citati in *Avena*) e N° 108/00 sull'ammissibilità e N° 52/02 sul merito del caso *Martínez Villareal*, anch'esso contro gli Stati Uniti.

<sup>16</sup> OC-16/99, §§ 100-10: «El Estado solicitante aclaró que si bien la consulta se limita a casos sancionables con pena de muerte, esto no excluye la aplicación de los derechos enunciados en el artículo 36 en otras circunstancias. La Corte considera que esta apreciación es correcta. El artículo 36.1.b) de la Convención de Viena no establece distinción alguna con base en la gravedad de la pena aplicable al delito que origina la detención, por lo que es natural deducir que este derecho asiste a cualquier detenido extranjero. Por lo tanto, la respuesta que la Corte ofrezca a esta parte de la consulta, es aplicable a todos los casos en que un nacional del Estado que envía es privado de libertad por cualesquier motivo».

<sup>17</sup> OC-16/99, *United States – Brief of June 1, 1998*: «The Vienna Convention on Consular Relations... is a multilateral treaty of the traditional type concluded to accomplish reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. The intent of the Vienna Convention on Consular Relations is to establish legal rules governing relations between States, not to create rules that operate between States and individuals. Not every obligation of States regarding individuals is perforce a human rights obligation. Nor does the fact that one provision in the Vienna Convention on Consular Relations may authorize beneficial assistance to certain individuals in certain circumstances transform the Vienna Convention into a human rights instrument or a source of the human rights of individuals».

non fa sorgere alcun diritto in capo agli individui interessati<sup>18</sup>; anzi, non li concerne<sup>19</sup> affatto, soprattutto quando, come nel caso *LaGrand*, essi non ignorino la lingua del posto né possano dirsi “estranei” al sistema giuridico locale<sup>20</sup>. [Per *incidens*, nel caso del proprio “Personale diplomatico e consolare a Teheran”<sup>21</sup>, gli USA avevano sostenuto esattamente il contrario<sup>22</sup>, affermando con forza che l’art. 36 «*establishes rights not only for the consular officer but, perhaps even more importantly, for the nationals of the sending State*»<sup>23</sup>].

La Corte Interamericana non solo non condivide la tesi statunitense, ma reiterò con ancora maggior forza le conclusioni enunciate nella prima parte dell’Opinione, rispetto all’art. II della Dichiarazione Americana dei

---

<sup>18</sup> Cfr. *La Grand*, *Plaidoirie Simma*, VI, §2 e *Plaidoirie Brown*, § 4.2. In senso contrario, cfr. OC-16/99, §§ 77-84.

<sup>19</sup> Al § 76 dell’OC-16/99, la Corte Interamericana sottolinea che il Messico «solicita al Tribunal que interprete si... una norma de de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal».

<sup>20</sup> Cfr. *La Grand*, *Plaidoirie Napolitano*, §2.49 e *contra Plaidoirie Simma*, II, § 1. L’argomento ritorna, *mutatis mutandis*, nell’Opinione Ginsburg annessa alla sentenza della Corte Suprema 29 giugno 2006 nei casi riuniti *Bustillo e Sanchez Llamas*: «Sanchez-Llamas indicated to the police that he had lived in the United States for approximately 11 years. With his life experience in the United States, Sanchez-Llamas scarcely resembles an uncomprehending detainee». La Corte Interamericana ha ritenuto invece, cfr. OC-16/99, §§ 94-96, che l’identificazione dell’imputato comprende anche la determinazione della nazionalità di questo. «Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto», aggiunge la Corte, si «estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero».

<sup>21</sup> Arrêt, C.I.J. *Recueil* 1980, pp. 3-42.

<sup>22</sup> *Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 174. In *LaGrand*, *Plaidoirie Meron*, §§ 3.18 e 3.19, gli USA affermarono tuttavia che «any resemblance between these two cases is superficial and any such reliance would be totally out of context».

<sup>23</sup> La circostanza non è passata sotto silenzio dall’Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa all’OC-16/99, §§ 16-22: «La única Delegación discrepante, la de los Estados Unidos, enfatizó el carácter interestatal de la Convención de Viena, alegando que esta no consagra derechos humanos, y que la notificación consular no era un derecho humano individual, ni se relacionaba con el debido proceso legal. Al argumentar de este modo, los Estados Unidos asumieron, sin embargo, una posición con orientación manifiestamente distinta de la que sostuvieron en el caso -movido contra Irán- de los Rehenes en Teherán ante la CIJ... Al haber sostenido esta tesis ante la CIJ, no pueden los Estados Unidos pretender prevalecerse, en el presente procedimiento consultivo, de una posición orientada en sentido opuesto sobre el mismo punto, tal como advierte la jurisprudencia internacional: *allegans contraria audiendus non est*».

Diritti e Doveri dell'Uomo, con riguardo all'art. 14 del Patto ONU sui Diritti Civili e Politici, unico strumento internazionale di riferimento ratificato dagli USA <sup>24</sup>.

La costruzione della Corte, come è noto, s'incentra tutta sull'applicazione del principio di non discriminazione all'ambito del diritto al processo equo, interpretato -quest'ultimo- alla luce delle tendenze evolutive più recenti manifestatesi in seno al diritto internazionale e dell'applicazione dinamica degli strumenti che lo consacrano <sup>25</sup>.

Affinché possa dirsi che un processo si configura come "*debido proceso legal*", inizia la Corte, occorre che tutti i sottoposti a giustizia siano messi nella condizione di poter far valere i propri diritti e difendere i propri interessi in modo concreto ed effettivo, ciascuno in situazione di parità processuale rispetto a chiunque altro si trovi nelle medesime condizioni. Perché il processo possa conseguire il proprio obiettivo -assicurare che una fattispecie venga decisa in modo corretto- è pertanto necessario «riconoscere e risolvere i fattori di disuguaglianza reale» nei quali possono a volte trovarsi quanti subiscono il processo stesso. Così deve essere inteso il principio di uguaglianza davanti alla legge ed ai tribunali ed il correlativo divieto di discriminazione <sup>26</sup>.

La presenza di condizioni di reale disuguaglianza obbliga pertanto, prosegue la Corte, ad adottare «mezzi di compensazione» che contribuiscano ad eliminare, o almeno a minimizzare, gli ostacoli e le deficienze che impediscono o riducono le possibilità di una difesa efficace <sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Gli Stati Uniti non hanno infatti sottoscritto la Convenzione Interamericana dei Diritti dell'Uomo.

<sup>25</sup> Cfr. §§ 112-115, con ampi riferimenti alla giurisprudenza della CIG e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Si veda anche il Rapporto sul merito *Martínez Villareal, cit.*, §§ 59-66 e. Si vedano anche J. M. PASQUALUCCI, *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, 38 *Stanford Jn'l Int'l Law*, 2002, soprattutto pp. 267-268; 278-279 e 284 e J. FITZPATRICK, *The Unreality of International Law in the United States and the LaGrand Case*, 27 *Yale Jn'l of Intn'l Law*, 2002, p. 427 ss. che definisce (p. 429) «well-reasoned» l'OC-16/99. Anche l'Opinione Concorrente García Ramírez sottolinea a giusto titolo che «el debido proceso [es] un sistema dinámico, en constante formación».

<sup>26</sup> Cfr. § 117.

<sup>27</sup> Cfr. § 119 e la tesi del Messico in *Avena*, sentenza, § 30: «Le fait de priver un étranger de la notification et de l'assistance consulaires rend cette procédure fondamentalement inéquitable. La notification consulaire est un élément essentiel des droits de la défense en ce qu'elle donne aux ressortissants étrangers l'égalité dans une procédure pénale et qu'elle permet le respect des autres garanties judiciaires essentielles auxquelles ils ont droit: il s'agit donc d'une condition essentielle pour l'équité des procédures pénales engagées

Quando tali mezzi di compensazione non esistano, arduo sarebbe affermare che chi si trova in situazione di svantaggio gode di un accesso reale alla giustizia e beneficia di un processo equo al pari di quanti non si trovano invece nella stessa situazione. Per questo si garantisce un interprete a chi non conosce la lingua del processo<sup>28</sup> e si attribuisce allo straniero il diritto di essere opportunamente informato di poter contare sull'assistenza consolare, strumenti finalizzati entrambi a che l'accusato possa far pieno uso degli altri diritti processuali che la legge gli riconosce. Questi ed altri mezzi di compensazione, indissolubilmente connessi tra loro, costituiscono un insieme di garanzie che concorrono a fare del processo un processo equo<sup>29</sup>.

Tra quanti affrontano la fase istruttoria e il processo in condizioni di svantaggio reale figurano certamente gli stranieri, soprattutto (anche se non solo) quando dall'esito della vicenda processuale dipenda il più importante dei loro beni, la vita<sup>30</sup>. «In tali circostanze, è evidente che l'informazione sul diritto di mettersi in comunicazione con le proprie autorità consolari contribuisce in modo considerevole a migliorare le possibilità di difesa dell'interessato e a far sì che gli atti processuali ai quali egli interviene (soprattutto gli atti istruttori compiuti dalla polizia) siano effettuati con maggior rispetto della legge»<sup>31</sup>.

Di qui la conclusione che la disposizione contenuta nell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna non può essere oggi dissociata dal capitolo della normativa internazionale sui diritti umani che riguarda le garanzie dell'equo processo e l'ulteriore deduzione che proprio per questo il diritto individuale in discorso deve essere riconosciuto e considerato nel quadro delle garanzie minime necessarie ad assicurare allo straniero l'opportunità di preparare adeguatamente la propria difesa e di poter contare

---

contre les ressortissants étrangers». Si veda altresì l'Opinione Concorrente García Ramírez: «La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que...ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que el fin justifica los medios y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento». Analogamente, si veda il Rapporto *Rodríguez Pizarro, cit.*, § 15 g.

<sup>28</sup> Rapporto sull'ammissibilità *Martínez Villareal, cit.*, §§ 25-26.

<sup>29</sup> OC16/99, §§ 119-120.

<sup>30</sup> *Ibidem*, § 121.

<sup>31</sup> *Ibidem*, § 122. Analogamente il Rapporto sul merito *Martínez Villareal, cit.*, §

sotto questo profilo su un processo giusto<sup>32</sup>. In altre parole, il diritto individuale all'informazione sancito dall'art. 36.1(b) permette che il diritto ad un processo equo, consacrato anche nell'art. 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, acquisti efficacia in numerosi casi concreti<sup>33</sup>.

Il principio di non discriminazione applicato al diritto all'equo processo, ed in particolare al diritto alla difesa che ne è uno dei cardini, trasforma quindi l'art. 36 della Convenzione di Vienna in una norma strumentale rispetto alla garanzia del diritto ad un processo equo e ne consente pertanto l'inquadramento nell'ambito delle disposizioni a tutela dei diritti fondamentali<sup>34</sup>.

Del resto, insiste la Corte, l'art. 14 del Patto prevede solo una serie di garanzie minime, suscettibili di espansione alla luce di altri strumenti internazionali (tra questi, appunto, la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari), «i quali ampliano l'orizzonte della protezione dei sottoposti a giustizia»<sup>35</sup>.

Quanto all'espressione “senza ritardo”, non meraviglia che per la Corte essa significhi che lo Stato deve adempiere al dovere di informare l'arrestato sui diritti che la norma convenzionale gli riconosce nel momento stesso in cui viene privato della libertà personale e avanti che egli renda la sua prima dichiarazione alle autorità del paese in cui si trova<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. OC16/99, § 123 e Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 15.

<sup>33</sup> Cfr. OC16/99, §§ 123-124.

<sup>34</sup> Cfr. punto risolutivo 6. La Corte non accetta dunque l'argomento fatto valere dagli Stati Uniti, per il quale l'art. 36 della Convenzione di Vienna, incentrato com'è sulla nazionalità, sarebbe una disposizione intrinsecamente e necessariamente discriminatoria.

<sup>35</sup> OC16/99, § 123.

<sup>36</sup> Cfr. §§ 98, 100 e 134, il punto risolutivo 3 e l'Osservazione Generale 13 (1994) del Comitato dei Diritti dell'Uomo, § 8: «Le Comité note que le droit d'être informé de l'accusation dans le plus court délai exige que l'information soit donnée dès que l'accusation est formulée pour la première fois par une autorité compétente. Ce droit surgit lorsque, au cours d'une enquête, un tribunal ou le ministère public décide de prendre des mesures à l'égard d'une personne soupçonnée d'une infraction pénale ou la désigne publiquement comme telle». Analogamente, cfr. l'Opinione Concorrente García Ramírez annessa alla sentenza *Tibi* (*infra*, nota 48) §§ 41-42: «Por lo que hace al momento en el que deben actualizarse las garantías de información sobre los cargos y derecho a la defensa, la sentencia...vuelve a ser explícita: en el momento de la detención y antes de que el inculpaado rinda su primera declaración ante la autoridad. No puede ser de otra manera...Cuando se dice “antes de la declaración”, se quiere expresar: antes de cualquier declaración ante cualquier autoridad -no sólo el Ministerio Pú-



Da quanto sopra, infine, anche la conclusione, condivisa dalla Corte all'unanimità, che i processi connotati da violazione dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna devono essere rinnovati<sup>37</sup>: se così non fosse, l'esecuzione della pena capitale costituirebbe violazione del diritto di non essere privati arbitrariamente della vita<sup>38</sup>, conformemente, del resto, a quanto espresso dal Comitato dei Diritti dell'Uomo<sup>39</sup>.

La prospettiva della non-discriminazione nei confronti degli stranieri in quanto soggetti in fatto più deboli, ritorna con vigore nell'Opinione Concorrente Cançado Trindade: nell'ambito del diritto internazionale dei diritti dell'Uomo, egli sottolinea fin dall'inizio, ogni azione di protezione mira non a governare le relazioni tra uguali, bensì a proteggere quanti sono manifestamente più vulnerabili. Tra questi figurano certamente gli stranieri: detenuti in un contesto sociale e giuridico diverso, caratterizzato da una lingua diversa che spesso non conoscono a sufficienza, essi si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità, alla quale il diritto all'informazione sull'assistenza consolare, inquadrato nell'universo concettuale dei diritti umani, mira a porre rimedio<sup>40</sup>. E, anticipando rispetto alla futura OC-18/03<sup>41</sup>, aggiunge: «le azioni di protezione hanno impor-

---

blico, no únicamente el tribunal- de la que pueda depender la suerte del enjuiciamiento y, por tanto, del enjuiciado. Es perfectamente sabido que esa primera declaración suele sellar el rumbo del proceso y determinar sus resultados».

<sup>37</sup> Cfr. anche Opinione Concorrente García Ramírez: «Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular». Conf., Rapporto sul merito *Martínez Villareal*, cit., § 87.

<sup>38</sup> Cfr. § 136; l'Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 35 e *contra* l'Opinione Dissidente Jackman, § 1b. Cfr. anche i Rapporti sull'ammissibilità e sul merito *Martínez Villareal*, cit., rispettivamente §§ 5 e 85, ove la Commissione conclude che: «Si el Estado ejecuta al Sr. Martínez Villareal de conformidad con el proceso penal en cuestión en este caso, esto constituiría una violación grave e irreparable del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana».

<sup>39</sup> «The imposition of a sentence of death upon the conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes a violation of article 6 of the Covenant. As the Committee noted in its general comment 6, the provision that a sentence of death may be imposed only in accordance with the law and not contrary to the provisions of the Covenant implies that the procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to the minimum guarantees for the defence...».

<sup>40</sup> Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 23.

<sup>41</sup> OC-18/03 del 17 settembre 2003 su «*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*».

tanza sempre crescente in un mondo lacerato dalle distinzioni tra nazionali e stranieri e che presenta anche discriminazioni *de jure*, soprattutto nei confronti dei migranti»<sup>42</sup>.

La CIG, ricorda poi l'estensore, si è del resto già espressa in questo senso nel caso degli *Ostaggi Americani a Teheran*: la collocazione della materia in esame nell'ambito della protezione internazionale dei diritti fondamentali conta dunque su un riconoscimento giudiziale e non può dirsi quindi che permangano dubbi sull'esistenza di una *opinio juris* al riguardo<sup>43</sup>.

La relazione tra diritto all'informazione sull'assistenza consolare e diritti umani, ribadisce in seguito l'Opinione Concorrente, «s'impone per la via del principio di non discriminazione... Il diritto all'informazione sull'assistenza consolare, situato alla confluenza tra relazioni tra Stati e diritti umani, contribuisce infatti ad ampliare l'ambito di protezione giuridica di quanti si trovano in condizioni di svantaggio e necessitano perciò di una maggiore protezione, soprattutto in ambienti sociali caratterizzati dalla violenza della polizia... Poiché la protezione degli stranieri detenuti contro ogni trattamento discriminatorio è oggi avvertita come assolutamente necessaria<sup>44</sup>, il diritto all'informazione sull'assi-

---

<sup>42</sup> Cfr. anche Opinione Concorrente García Ramírez: «Las nuevas circunstancias de la vida social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieron innecesarias y ahora resultan indispensables. Cada novedad suscita inéditos derechos y garantías, que concurren a construir el debido proceso penal de los nuevos tiempos... El desarrollo jurídico debe tomar en cuenta estas novedades y revisar, a la luz de ellas, los conceptos y las soluciones a los problemas emergentes. Los extranjeros sometidos a procedimiento penal -en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad- deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio».

<sup>43</sup> Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 27.

<sup>44</sup> *Ibidem*, § 4. Nello stesso senso, cfr. CLARKE, WHITT, LAMBER e ELECHI, *Does the Rest of the World Matter? Sovereignty, International Human Rights Law and the American Death Penalty*, 30 *Queen's Law Jn'l*, 2004, pp. 280-281.

stenza consolare si rivela indissolubilmente legato alle garanzie dell'equo processo, consacrate dagli strumenti di protezione internazionale dei diritti umani<sup>45</sup>. Tale diritto si è ormai cristallizzato come diritto soggettivo individuale<sup>46</sup>, e ad esso corrispondono i relativi doveri dello Stato di ricezione»<sup>47</sup>.

Qualche anno più tardi la Corte ritornerà sul rapporto tra diritto all'informazione -in generale ed in particolare nei confronti degli stranieri- ed equo processo<sup>48</sup> e l'Opinione Concorrente García Ramírez annessa alla sentenza *Tibi* ribadirà l'interpretazione e l'applicazione estensiva della nozione di processo equo<sup>49</sup>. «La Corte si è riferita all'equo processo come ad un sistema di garanzie dotato di potenziale espansione; la statica dell'equo processo è rafforzata dalla dinamica moderna del concetto: un costante progresso ha portato con sé nuovi diritti e garanzie emergenti, che concorrono a costituire la nozione democratica, civile ed evoluta di processo equo. Frutto irrinunciabile di tale procedimento evolutivo è, tra altri, il diritto all'immediata informazione sulle accuse e sul diritto all'assistenza consolare»<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Opinione Concorrente Cançado Trindade, §§ 28-29 e 32.

<sup>46</sup> Punto risolutivo 1. *Contra*, invece, l'Opinione Dissidente Jackman, §§ 2-3 e 9.

<sup>47</sup> Opinione Concorrente Cançado Trindade, § 35 e punto risolutivo 7. La Ris. 59/194 dell'AG ONU 18 marzo 2005 relativa alla Protezione dei Migranti fa esplicito riferimento all'OC-16/99 ed afferma che «il est du devoir des États parties de faire respecter et appliquer intégralement la Convention de Vienne sur les relations consulaires, en particulier en ce qui concerne le droit de tous les ressortissants étrangers d'entrer en rapport avec les services consulaires de l'État d'envoi s'ils font l'objet d'une arrestation, d'un emprisonnement, d'une garde à vue ou d'une détention, et l'obligation que l'État d'accueil a d'informer aussitôt les ressortissants étrangers des droits reconnus dans la Convention».

<sup>48</sup> Cfr. sentenze C 114 del 7 settembre 2004 e C 129 del 25 giugno 2005, entrambe concernenti l'Ecuador: la prima relativa al caso *Tibi*, nel quale si trattava di un cittadino francese legalmente residente nel paese da dieci anni, arrestato ed incarcerato senza ordine giudiziario e senza essere stato informato del diritto all'assistenza consolare; la seconda al caso *Acosta Calderón*, nel quale si trattava di un cittadino colombiano arrestato al suo arrivo nel paese ed incarcerato alle medesime condizioni. L'art. 36 della Convenzione di Vienna s'inscrive anche qui, -cfr. rispettivamente §§ 195 e 125-, nell'ambito delle garanzie della difesa essenziali all'equo processo. Il principio di non discriminazione è evocato anche dall'Opinione Concorrente Cançado Trindade annessa alla sentenza *Acosta Calderón*, § 16, nella quale l'accento è posto sugli effetti che il diritto all'informazione sull'assistenza consolare può avere sul diritto alla libertà personale.

<sup>49</sup> Cfr. §§ 11-12 e 15-16.

<sup>50</sup> *Ibidem*, §§ 28-31 e 39-41.

### 3. La giurisprudenza della CIG: le sentenze LaGrand e Avena

Come si è già accennato, la tesi di fondo degli Stati Uniti era già chiara fin da prima delle due controversie decise dalla CIG. Nulla di sostanzialmente nuovo fu dunque svolto in queste sedi.

Gli USA ammisero facilmente che gli individui traggono un indubbio beneficio dall'applicazione dell'art. 36<sup>51</sup>, ma ribadirono senza esitazione la propria idea fondamentale, e cioè che gli stranieri arrestati/detenuti non hanno alcun diritto di essere informati circa la possibilità di poter usufruire dell'assistenza consolare<sup>52</sup> e quindi, *a fortiori*, che nessuno potrebbe attribuire a tale inesistente diritto la qualifica di "diritto fondamentale"<sup>53</sup>. Poiché le autorità consolari non hanno alcun dovere di assistere i propri connazionali<sup>54</sup>, «*il serait très recherché, pour ne pas dire aberrant, de construire un droit fondamental sur la base de possibilités qui sont entièrement facultatives*»<sup>55</sup>.

Da quanto sopra, nella visione statunitense, conseguiva altresì ovviamente che nessun problema si ponesse quanto al momento nel quale l'informazione sul diritto all'assistenza consolare deve essere concretamente fornita, e precisamente se essa debba necessariamente aver luogo al momento stesso dell'arresto e comunque prima dell'interrogatorio o di qualsiasi dichiarazione, ammissione o confessione<sup>56</sup>: per gli USA era sufficien-

<sup>51</sup> Cfr. *LaGrand, Plaidoirie Brown*, §§ 4.13 e 4.16.

<sup>52</sup> *Ibidem*, § 4.21. La CIG ha invece deciso, come è noto, (*LaGrand*, § 77 e *Avena*, §§ 40 e 50) nel senso che «Le paragraphe 1 de l'article 36 crée pour le ressortissant concerné des droits individuels qui peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité. La Cour observe en outre que toute violation...des droits de l'État d'envoi risque de conduire à une violation des droits de l'individu. [On est donc en présence de] circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'État et des droits individuels».

<sup>53</sup> Cfr. *Plaidoirie Trechsel*, §§ 6.1-6.5; 6.1-6.21.

<sup>54</sup> *Ibidem*, §§ 6.22-6.23.

<sup>55</sup> *Ibidem*, § 6.23.

<sup>56</sup> Cfr. OC-16/99, §§ 102-105: «De la historia legislativa del artículo 36 se desprende que la obligación de informar sin dilación al detenido del Estado que envía sobre los derechos que le confiere dicho precepto fue incluida... como una medida que permite asegurar que el detenido esté consciente del derecho que le asiste de solicitar que se notifique al funcionario consular sobre su detención para los fines de la asistencia consular... Estos son los efectos propios de los derechos reconocidos por el artículo 36. Por lo tanto, la Corte interpretará el artículo 36 en forma tal que se obtenga dicho efecto útil. Dicha notificación atiende al propósito de que el detenido disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal

te che l'informazione venisse fornita nel momento in cui fosse stata accertata la qualità di straniero<sup>57</sup> e a nulla rilevava che nel frattempo la pena capitale fosse già stata irrogata con sentenza passata in giudicato.

Dalla premessa maggiore di questo discorso discendeva infine anche la legittimità, sempre e comunque, della regola interna della *procedural default*.

Anzitutto, infatti, la possibilità di far valere in causa a titolo autonomo eventuali violazioni dell'art. 36 della Convenzione di Vienna non esiste perché la norma non concerne gli individui e non attribuisce loro alcun diritto<sup>58</sup>. Inoltre, «*there is no basis for assuming that a foreign national will not effectively enjoy his rights without special measures being taken*»<sup>59</sup>.

---

objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad».

<sup>57</sup> Cfr. *Avena*, § 81. L'affermazione ritorna ancor oggi nell'Opinione Ginsburg annessa a *Bustillo e Sanchez Llamas*: «In contrast to Miranda warnings, which must be given on the spot before the police interrogate, Article 36 of the Vienna Convention does not require the arresting authority to contact the consular post instantly. Nor does that Article demand that questioning await notice to, and a response from, consular officials». Conf. anche, *mutatis mutandis*, *The people of the State of New York v. Herrera*, Supreme Court, Rockland County, March 22, 2006: «It wasn't until the interrogation was concluded that the police learned that the defendant went to high school in Guatemala. Even then, the police could not assume that the defendant was a foreign national and that he had not become a naturalized citizen». Nei Rapporti relativi al caso *Martínez Villareal*, *cit.*, (rispettivamente §§ 40-41 e 78-80) gli Stati Uniti hanno affermato che, poiché la notizia del duplice omicidio per il quale il detenuto era stato condannato a morte era stata pubblicata sui giornali della città in cui il delitto era avvenuto, nella quale aveva sede un consolato messicano, il Messico doveva presumersi conoscere la sorte del proprio connazionale.

<sup>58</sup> *LaGrand, Plaidoirie Brown*, §§ 4.13, 4.24, 4.26, 4.30, 4.35 e 4.3. In *Avena*, il Messico ha reiterato l'argomento già fatto valere dalla Germania (*LaGrand*, §§ 30 e 109), sottolineando altresì che «les juridictions américaines continuent à invoquer la règle de la carence procédurale même si le ressortissant n'était pas conscient de ses droits à la notification et à la communication consulaires et, partant, du fait qu'il pouvait invoquer leur violation lors de son procès, précisément parce que les autorités compétentes n'avaient pas respecté l'article 36».

<sup>59</sup> La risposta a questa argomentazione è fornita dall'Opinione García Ramírez: «Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso -con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable- se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías... Con este concepto sería posible -y además inevitable- someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar

La difesa degli Stati Uniti aveva concluso le proprie argomentazioni affermando la necessità «*d'éviter tout exercice en fantasia*»<sup>60</sup>; i giudici de l'Aja hanno avvertito questo monito come proprio e non hanno davvero compiuto sforzi di fantasia: lo straniero arrestato/detenuto ha diritto ad essere informato della possibilità di poter godere dell'assistenza consolare, ma la natura di tale diritto non è qualificata, né alcun tentativo è fatto per qualificarla<sup>61</sup>: un dato solo è certo, che non si tratta di un diritto individuale fondamentale<sup>62</sup>.

La CIG è stata anche cauta (per non dire vaga) con riguardo all'espressione «*sans retard*»: se essa non significa di necessità immediatamente dopo l'arresto, le autorità che hanno applicato la misura privativa della libertà personale hanno comunque il dovere d'informare l'arrestato «*aus-sitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger*»<sup>63</sup>.

---

casuisticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular,...el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían».

<sup>60</sup> *LaGrand, Plaidoirie Trechsel*, §§ 6.5 e 6.9.

<sup>61</sup> *LaGrand*, § 124.

<sup>62</sup> *Ibidem*, § 125: «*Dans une situation où il y a eu violation des droits découlant du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne, l'accusé présente sa demande y relative non pas à raison du préjudice causé à un droit essentiel à une procédure équitable, notion qui concerne la jouissance des droits de la défense, mais à raison de l'atteinte portée aux droits qu'il peut tirer du paragraphe 1 de l'article 36*». B. SIMMA e C. HOPPE, *From LaGrand and Avena to Medellín - A Rocky Road Toward Implementation*, 14 *Tulane Jnl of Int'l and Comparative Law*, 2005, p. 13 commentano così: «Counsel for Mexico seems to have misread the ICJ in *LaGrand* and pushed the point once more. Thus, Mexico argued that the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; this right, as such, is so fundamental that its infringement will ipso facto produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right. The ICJ shut the door rather forcefully on the argument characterizing article 36 rights as fundamental human rights by stating that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the travaux préparatoires, support Mexico's conclusion in that regard. Thus, in the end, the Mexican argument backfired, with the ICJ curtailing the potential reach of a human right to consular notification».

<sup>63</sup> Cfr. *Avena*, § 63. *Contra*, cfr. Opinione individuale del Giudice Tomka, §§ 14-16.

Il successo concettuale degli Stati Uniti in *Avena* sulla premessa maggiore si è rivelato tuttavia, a ben vedere, una vittoria di Pirro: poiché il diritto individuale sancito dalla CIG è azionabile in giustizia davanti alle giurisdizioni interne, la *procedural default* è stata ritenuta in entrambe le sentenze contraria al disposto dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna se non in sé, almeno quando, -come è prassi negli USA-, essa impedisca a chi ha inconsapevolmente subito la violazione della norma pattizia di poterla far valere quando se ne sia reso conto, quale che sia lo stato ormai raggiunto dal processo<sup>64</sup>.

In entrambe le sentenze inoltre, pur disattesa nella seconda la richiesta del Messico di ordinare il rinnovamento dei processi<sup>65</sup>, la Corte è stata abbastanza incisiva quanto alla *restitutio in integrum*<sup>66</sup>. Nei casi in cui gli individui interessati siano stati sottoposti a lunga detenzione o siano stati condannati a pene severe, scuse ufficiali<sup>67</sup> o atti di clemenza non

---

<sup>64</sup> Cfr. *Avena*, §§ 83 e 134, riprendendo il principio già enunciato in *La Grand*: «En elle-même, cette règle ne viole pas l'article 36 de la Convention de Vienne», salvo quando «ne permet pas à un détenu de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer sans retard les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'État d'envoi». La CIG sottolinea inoltre che la regola, «qui n'a pas été révisée depuis [LaGrand], continue à empêcher les tribunaux d'attacher une portée juridique notamment au fait que la violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 a empêché le Mexique de retenir en temps utile les services d'avocats privés pour assurer la représentation de certains de ses ressortissants et de les assister d'autre façon dans leur défense». In dottrina si veda A.E. BURKS, *Consular Assistance for Foreign Defendants: Avoiding Default and Fortifying a Defence*, 14 *Capital Defense Jn'l*, 2001, p. 29ss.

<sup>65</sup> *Ibidem*, §§ 117-121 e 131: «Dans la présente affaire, ce ne sont pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à l'encontre des ressortissants mexicains qui doivent être considérés comme une violation du droit international, mais uniquement certains manquements à des obligations conventionnelles qui les ont précédés. Par conséquent, il ne saurait être présumé que l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines constitue nécessairement le seul mode de réparation».

<sup>66</sup> *Contra*, invece, l'Opinione del Giudice *ad hoc*, §§ 58-60, il quale nota come la Corte si sia limitata a considerare quali avrebbero potuto essere i rimedi più appropriati al caso di specie, invece di far riferimento all'obbligo assoluto di ripristinare lo *status quo antea*.

<sup>67</sup> BISHOP, *cit.*, p. 8, sottolinea che negli Stati Uniti, invece, «Repeatedly, courts refer to diplomatic measures as the proper method of remedying the harm. In other words, an apology from the United States to the foreign national's country will solve the problem». La desistenza del Paraguay dal caso *Breard* era stata infatti preceduta dalle scuse formali degli Stati Uniti.

sono sufficienti: alla luce del diritto individuale sancito dalla Convenzione, gli Stati Uniti devono garantire il riesame<sup>68</sup> e la revisione del verdetto di colpevolezza e della pena irrogata<sup>69</sup> tenendo conto delle conseguenze che la violazione della Convenzione di Vienna ha avuto sullo svolgimento del processo<sup>70</sup>, anche se quest'obbligo può essere attuato in modi diversi e la scelta dei più opportuni<sup>71</sup> spetta allo Stato.

---

<sup>68</sup> Cfr. *Avena*, §§ 131 e 141-143: «La Cour souligne que le réexamen et la révision qu'elle a prescrits doivent être effectifs. Ils doivent donc garantir que ladite violation et le préjudice en résultant seront pleinement étudiés et pris en considération dans le processus de réexamen et de révision...Ceux-ci doivent porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu...S'agissant du recours en grâce, la Cour souligne que la question est celle de savoir si la procédure de recours en grâce telle qu'elle est pratiquée aux Etats-Unis dans le système pénal de différents Etats peut, en soi et à elle seule, constituer un moyen approprié pour assurer véritablement le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention...La Cour constate que la procédure de recours en grâce, n'apparaît pas satisfaire aux exigences susmentionnées et que, dès lors, elle ne saurait suffire à elle seule à constituer un moyen approprié de réexamen et révision». In dottrina, cfr. H. S. Clarke III, *Determining the Remedy for Violations of Article 36 of the VCCR: Review and Reconsideration and the Clemency Process after Avena*, 38 *George Washington Int'l Law Rev.*, 2006, p. 131 e L.E. CARTER, *Lessons from Avena: the Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations*, 15 *Duke Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2005, p. 264 e p. 265ss., che si esprime in termini di «Illusory nature of clemency». In senso analogo, si vedano anche le *Guidelines for the Appointment and Performance of Defence Counsel in Death Penalty Cases*, cit., p. 15, ove si sottolinea che «Because post-judgment proceedings have traditionally provided very limited opportunity for review of questions of guilt or innocence, clemency is the historic remedy for preventing miscarriages of justice where judicial process has been exhausted. History is replete with examples of wrongfully convicted persons who have been pardoned in the wake of after-discovered evidence establishing their innocence».

<sup>69</sup> Cfr. *Avena*, § 121.

<sup>70</sup> L'Opinione del Giudice *ad hoc*, §§ 64 e 66, critica fondatamente l'indeterminatezza della formulazione della Corte in relazione al rapporto tra rimedi processuali previsti dall'ordinamento dello Stato di ricezione e principio dell'*effet utile*: «In the present Judgment, it is difficult to find any clarifying statements as to how these obligations are to be implemented and what are the precise conditions that are to be applied in order to ensure that the process of review and reconsideration will be effective and meaningful. Such statements and conditions should have been an integral part of the Judgment» e mette in evidenza che «The weakness and limitations of ordering a process of review and reconsideration become evident when the results have proven to lack effectiveness».

<sup>71</sup> Cfr. *Avena*, § 131. Il Giudice *ad hoc*, §§ 67-69, lamenta che «Full reparation seems unlikely to be achieved if the ambiguity of the notion of 'by means of its own choosing' remains and is not strengthened with the addition of some specific measures».



Va da sé, infine, che la *procedural default* non può impedire il riesame o la revisione, essendo la violazione dell'art. 36.1(b) responsabilità degli Stati Uniti<sup>72</sup>.

#### 4. Le reazioni alla sentenza *Avena*<sup>73</sup> e le pronunce della Corte Suprema

Fin dalla sua pubblicazione, la sentenza *Avena* fu vista dagli stati interessati dell'Unione come una pesante ingerenza della CIG nella

---

ed aggiunge che «The remedial action to be provided must determine how the laws and regulations of the United States, introducing an element of effectiveness that has to be mandatory and compulsive, will enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under Article 36 are intended. If full effect is to be given and if the review and reconsideration has to take into account the nature of the violation of the rights, then the margin in the application of the principle of by means of its own choosing becomes far narrower. The means must be effective and the choosing has to be very selective». Di più, il Giudice avverte che poiché esistono fondati timori di ritenere che la *procedural default* continuerà ad essere applicata, sarebbe stato utile e necessario che la CIG avesse ampliato la propria nozione di *restituito in integrum*, adottando quella elaborata dalla Commissione per il Diritto Internazionale, per la quale ogni *restituito in integrum* di natura giudiziaria «may include the revocation, annulment or amendment of a constitutional or legislative provision enacted in violation of a rule of international law, the rescinding or reconsideration of an administrative or judicial measure unlawfully adopted in respect of the person...of a foreigner».

<sup>72</sup> Cfr. *Avena*, §§ 120-121.

<sup>73</sup> Cfr. R. ANAYA VALENCIA, C. L. JACKSON, L. VAN DE PUTTE, e R. ELLIS, *Avena and the World Court's Death Penalty Jurisdiction in Texas: Addressing the Odd Notion of Texas's Independence from the World*, 23 *Yale Law & Policy Rev.*, 2005, p. 476ss.; E. L. ARALICA, *The Inherent Conflict – Vienna Convention on Consular Relations and United States Domestic Law*, 7 *Gonzaga Jn'l Int'l Law*, 2003-04 <http://www.gonzagajil.org/>; BISHOP, *cit.*, p. 29ss.; FINSTEN, J. *Extradition or Execution? Policy Constraints in the United States' War on Terror*, 77 *Southern California Law Rev.*, 2004, p. 850ss.; A. E. BURKS, *Consular Assistance for Foreign Defendants: Avoiding Default and Fortifying a Defense*, 14 *Capital Defense Jn'l*, 2001, p. 29ss.; P. DERVISCI, *No Remedies for Violation of Foreign Nationals' Right to Consular Notification: United States v. Duarte-Acero*, 296 F.3d 1277 (11th Cir. 2002), 15 *Florida Jn'l Int'l Law*, 2003, p. 645ss.; V. EPPS, *Violations of the Vienna Convention on Consular relations: Time for Remedies*, 11 *Williamette Jn'l of In'l Law & Dispute Resolution*, 2004, p. 1 ss.; M.J. KADISH, *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: The International Court of Justice in Mexico v. United States (Avena) Speaks Emphatically to the Supreme Court of the United States About the Fundamental Nature of the Right to Consul*, 36 *Georgetown Jn'l Int'l Law*, 2004, p. 2ss.; D. J. LEHMAN,

loro sovranità interna e l'atteggiamento di rigetto di alcuni di questi<sup>74</sup> verso la decisione internazionale apparve chiaro fin da subito. Così, per non citare che un caso, il Ministro della Giustizia del Texas dichiarò che avrebbe richiesto un'interpretazione sul da farsi al Dipartimento di Stato, ma tenne comunque a precisare prontamente che, «*absent recommendations from the federal government*», il suo ufficio non aveva alcuna intenzione di richiedere nuovi processi o la sospensione dell'esecuzione delle pene capitali<sup>75</sup>. Del resto, tre tentativi precedenti di far valere davanti a corti di merito l'OC-16/99 erano andati miseramente falliti<sup>76</sup>.

---

*The Federal Republic of Germany v. The United States of America: The Individual Right to Consular Access*, 20 *Law and Inequality*, 2002, pp. 321-328; A. MACINA, *Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for LaGrand & the Future of Consular Rights in the United States*, 34 *California Western Int'l Law Jn'l*, 2003, p. 115ss.; J. QUIGLEY, *LaGrand: A Challenge to the U.S. Judiciary*, 27 *Yale Jn'l Int'l Law*, 2002, p. 435ss.; J. QUIGLEY, *American Style in International Human Rights Adjudication*, 19 *Ohio State Jn'l on Dispute Resolution*, 2003, p. 249ss.; J. QUIGLEY, *The Vienna Convention on Consular Relations After Avena: Application of Consular Right to Foreign Nationals: Standards for Reversal of Criminal Conviction*, 11 *ILSA Jn'l Int'l & Comparative Law*, 2005, p. 403ss.; C. B. RADLAUER, *A Clash of Power and Jurisdiction: the Unites States Supreme Court v. the International Court of Justice*, 11 *St. Thomas Law Rev.*, 1999, p. 489ss.; S. A. SHANK, e J. QUIGLEY, *Foreigners on Texas's Death Row and the Right of Access to a Consul*, 26 *St. Mary's Law Jn'l*, 1995, p. 719ss.; H.S. SCHIFFMAN, *Breard and Beyond: the Status of Consular Notification and Access Under the Vienna Convention*, 8 *Cardozo Jn'l Int'l and Comparative Law*, 2000, p. 27ss.; N. SERANO SMARTT, *What Breard and its Progeny Mean for Avena and Other Mexican Nationals*, 19 *Temple Int'l and Comparative Law Jn'l*, 2005, p. 163ss.; A. M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, 44 *Harvard Int'l Law Jnl*, 2003, p. 191 ss.; A.M. TRANEL, *The Ruling of the International Court of Justice in Avena and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence*, 20 *American University International Law Rev.*, 2005, p. 405ss.; V. M. URIBE, *Consuls at Work: Universal Instruments of Human Rights and Consular Protection in the Context of Criminal Justice*, 19 *Houston Jn'l Int'l Law*, 1997, pp. 409-422.

<sup>74</sup> BISHOP, *cit.*, p. 24, sottolinea che fin dal caso *Breard* le autorità statali della Virginia e del Texas avevano affermato che «The International Court of Justice has no authority to interfere with Virginia's criminal justice system».

<sup>75</sup> N. L. AESCHLEMAN, *The Vienna Convention on Consular Relations: Quo Vadis, America?*, 45 *Santa Clara Law Rev.*, 2005, p. 937ss.; Anaya Valencia, Jackson, van de Putte ed Ellis, *cit.*, p. 455 ss., ed in particolare p. 456.

<sup>76</sup> *United States v. Li*, 206 F.3d (1st Cir. 2000) (en banc), cert. denied, 531 U.S. 956 (2000); *United States v. Lombera-Camorlinga*, 206 F.3d (9th Cir. 2000) (en banc), cert. denied, 531 U.S. (2000), e *Rocha v. The State of Texas*, 72380 *Court of Criminal Appeals of Texas*, April 12, 2000.

### *i. I casi Medellín Rojas e Torres Aguilera*

Alla data di notifica di *Avena*, davanti alla Corte d'Appello del *Fifth Circuit* pendeva, promossa da José Medellín Rojas<sup>77</sup> -uno dei messicani considerati dalla CIG- un'azione, volta ad ottenere il «*certificate of appealability*» in un procedimento di *federal habeas corpus*<sup>78</sup>.

Pur consapevole della pronuncia internazionale, la corte respinse la domanda sia per non attribuire -a suo dire- la Convenzione di Vienna alcun diritto individuale azionabile davanti alle giurisdizioni interne, sia, quand'anche, per essere l'attore comunque decaduto dall'azione (*procedural default*)<sup>79</sup>. La Corte non dette dunque alcun seguito ad *Avena*<sup>80</sup>.

Medellín propose allora ricorso davanti alla Corte Suprema per ottenerne un «*writ of certiorari*»<sup>81</sup>: una prima decisione favorevole, emessa nel dicembre 2004 e fondata sulle statuizioni di *Avena*<sup>82</sup>, fu tuttavia spontaneamente revocata dalla Corte stessa come «*improvidently granted*» nel maggio successivo, tre mesi dopo che il Presidente Bush aveva ordinato all'*Attorney General* di vegliare affinché le corti statali disponessero nuove udienze per i messicani citati in *Avena*<sup>83</sup>. La decisione trascura

<sup>77</sup> Cfr. K. WILLIAMS, *Does the ICJ's Decision Mean Anything to the Mexicans on Death Row?*, *ExpressO Preprint Series*, Paper 831, 2005, *The Berkeley Electronic Press*, <http://law.bepress.com/expresso/eps/831>, p. 5.

<sup>78</sup> 28 U. S. C. §2253 (c). Come chiarisce AESCHLEMAN, *cit.*, pp. 941-942: «A federal district court's review of a state prisoner's habeas petition is a review of the lawfulness of the petitioner's custody, and not a review of the state court's judgment».

<sup>79</sup> Come era già stato deciso anche dalla Corte Suprema nel caso *Breard v. Greene*, 523 U. S. 371, 375 (1998).

<sup>80</sup> AESCHLEMAN, *cit.*, p. 957: «Essentially, the Fifth Circuit left the issue for the U.S. Supreme Court to decide, inviting Medellín to petition for a writ of certiorari on this issue».

<sup>81</sup> 544 U.S.2005- (per curiam)- José Ernesto Medellín v. Doug Dretke, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, N° 04-5928- May 23,2005. Cfr. al riguardo D. M. AMANN, C. R. FAIRWEATHER e V. RHOE, *Using International Law to Defend the Accused*, 1 *Boalt Jn'l of Criminal Law*, February 2000, § 15ss.

<sup>82</sup> Cfr. H. H. KOH, *The Supreme Court Meets International Law*, 12 *Tulsa Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2004, p. 1ss. ed in particolare pp. 17-18.

<sup>83</sup> G.W. BUSH: *Memorandum for the Attorney General* – February 28, 2005: «I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case concerning *Avena* and Other Mexican Nationals, by having State courts give effect to the decision, in accordance with general principles of comity, in cases filed by the 51 Mexican nationals

completamente la sentenza internazionale, recepisce invece il *Memorandum* Bush e vuole essere dichiaratamente attendista nei confronti delle corti statali interessate<sup>84</sup>. [Con lettera datata 7 marzo 2005 diretta al Segretario Generale delle NU, gli Stati Uniti avevano nel frattempo denunciato il Protocollo facoltativo annesso alla Convenzione<sup>85</sup>].

La difesa di *Medellín* radicò allora prontamente davanti alla Corte d'Appello penale statale una domanda di «*writ of habeas corpus*», sostenendo che sia il *Memorandum* del Presidente che la sentenza *Avena* esigevano disgiuntamente che la corte accordasse «*review and reconsideration of his Vienna Convention claim*»<sup>86</sup>.

A quel momento, le autorità governative texane avevano tuttavia già iniziato ad esprimere dubbi circa la legittimità costituzionale dell'ordine

---

addressed in that decision». AESCHLEMAN, *cit.*, p. 961 sottolinea che «This Order was issued under general principles of comity and not out of a sense of obligation».

<sup>84</sup> «In light of the possibility that the Texas courts will provide *Medellín* with the review he seeks pursuant to the *Avena* judgment and the President's memorandum, and the potential for review in this Court once the Texas courts have heard and decided *Medellín's* pending action, we think it would be unwise to reach and resolve the multiple questions here presented. Accordingly, we dismiss the writ as improvidently granted». Neppure l'Opinione Dissidente ignora il *Memorandum* del Presidente: «The Court dismisses the writ and terminates federal proceedings on the basis of this speculation: *Medellín* might obtain relief in new state court proceedings because of the President's recent memorandum about whose constitutionality the Court remains rightfully agnostic; or he might be unable to secure ultimate relief in federal court because of questions about whose resolution the Court is likewise, rightfully, undecided. These tentative predictions are not reason enough to avoid questions that are as compelling now as they were when we granted a writ of certiorari, and that remain properly before this Court». ANAYA VALENCIA, JACKSON, VAN DE PUTTE e ELLIS, *cit.*, p. 467 e T. MAURO, *High Court Turns Aside Mexican's Appeal of Death Sentence, Consular Rights in America*, May 28, 2005, commentano che: «By shifting the spotlight back to Texas, the Court has opened a second front in the battle over the impact of World Court judgments within U.S. borders».

<sup>85</sup> AESCHLEMAN, *cit.*, p. 963: «According to State Department spokeswoman, the U.S. withdrawal from the protocol was necessary for protecting against future International Court of Justice judgments that might similarly interpret the consular convention or disrupt the U.S. domestic criminal system in ways the U.S. did not anticipate when it joined the convention». Vedi anche KIRGIS, F.L. *President Bush's Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights, Addendum to ASIL Insight*, March 2005 e WILLIAMS, *cit.* p. 2.

<sup>86</sup> In the Court of Criminal Appeals of Texas, No. AP-75,207 ex parte José Ernesto *Medellín*, Applicant, on Application for a Writ of Habeas Corpus, Cause No. 675430 from the 339th District Court of Harris County.

presidenziale<sup>87</sup>, e ciò spiega perché, accanto all'atteggiamento tradizionalmente riottoso della difesa dello stato<sup>88</sup>, l'*Assistant Attorney General* abbia apertamente affermato all'udienza per la presentazione degli argomenti orali esistere seri problemi di ordine costituzionale nei confronti di una «*unilateral Executive determination, displacing generally applicable criminal laws*»<sup>89</sup>. La decisione, attesa per la fine di settembre 2006, non risulta ancora pubblicata<sup>90</sup>.

Considerazioni critiche possono trarsi anche, nonostante l'opinione contraria di qualche commentatore<sup>91</sup>, dalla sentenza 6 settembre 2004 della *Oklahoma Court of Criminal Appeals* relativa ad *Osbaldo Torres Aguilera*<sup>92</sup>, altro cittadino messicano direttamente toccato da *Avena*.

Se pure, infatti, la Corte concluse la prima tappa processuale relativa alle *Vienna Convention claims* di *Torres* decidendo di essere vincolata alla pronuncia *Avena* ed ordinando una «*evidentiary hearing*», volta a determi-

<sup>87</sup> AESCHLEMAN, *cit.*, p. 961 e MAURO, *cit.*.

<sup>88</sup> M. DONALD, *Texas Court Hears 3-Way Argument in Medellín Case, Consular Rights in America*, Issue 29, September 2005.

<sup>89</sup> WILLIAMS, *cit.*, pp. 4 e 15-17, sottolinea le ragioni pro e contro l'incostituzionalità del *Memorandum Bush*.

<sup>90</sup> Vedi tuttavia *infra*, pag. 20 e nota 135.

<sup>91</sup> Non manca infatti chi, WILLIAMS, *cit.*, p. 13, sottolinea, al pari dell'Opinione Dissidente Torruella nei casi riuniti *United States v. Li*, *cit.*, come questa decisione si discosti, a favore del detenuto, da quelle che invece «hold that suppression is never a proper remedy for a violation of the notification provision» e che pertanto respingono seccamente la domanda. Per *Torres*, infatti, chi ha subito la violazione della Convenzione ha aperta la possibilità di dimostrare di averne avuto danno e di essere allora (teoricamente) legittimato ad un risarcimento dello stesso. Sul triplice *test* necessario alla dimostrazione del danno, cfr. *infra*, nota 130.

<sup>92</sup> *Osbaldo Torres vs. State of Oklahoma*- N° 2004-442- September 6, 2004. Cfr. L.E. CARTER, *cit.*, p. 259ss.; M. J. GOLDSMITH, *Torres v. State*, No. PCD-04-442 (*Oklahoma Court of Criminal Appeals*, May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing), 17 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 261ss.; H. L. FINSTUEN, *From the World Court to Oklahoma Court: the Significance of Torres v. State for International Court of Justice Authority, Individual Rights, and the Availability of Remedy in Vienna Convention Disputes*, 58 *Oklahoma Law Rev.*, 2004, p. 255ss.; J. KOVEN LEVIT, *The Supreme Court, Constitutional Courts and the Role of International Law in Constitutional Jurisprudence: a Tale of International Law in the Heartland: Torres and the Role of State Courts in Transnational Legal Conversation*, 12 *Tulsa Jn'l of Comparative & Int'l Law*, 2004, p. 163ss.; M. H. MORGAN, *Torres v. Mullin*, 124 *S. Ct.* 562 (2003) (*Mem.*) (Breyer, J., *Dissenting from a Denial of Certiorari*), 16 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 609ss. e S. D. MURPHY, *Implementation of Avena Decision by Oklahoma Court*, 98 *American Jn'l Int'l Law*, 2004, p. 581ss.

nare se il detenuto avesse tratto danno dalla obliterazione dei suoi diritti, il risultato finale fu comunque disastroso. Come sempre <sup>93</sup>, l'onere della prova dell'esistenza del danno da mancata informazione sul diritto all'assistenza consolare, e da conseguente mancato esercizio dello stesso, fu infatti posto a carico del ricorrente <sup>94</sup> ma, nonostante la prova offerta <sup>95</sup>, la Corte decise macabramente che, poiché nel maggio precedente la clemenza del Governatore dello stato aveva commutato la condanna a morte in ergastolo (peraltro senza possibilità di libertà *on parole* <sup>96</sup>), il condannato non poteva dimostrare di aver subito un qualsiasi danno o pregiudizio <sup>97</sup>.

## ***ii. Le pronunce della Corte Suprema: i casi Bustillo v. Johnson e Sanchez-Llamas v. Oregon***

Senza tener conto della decisione *in re Medellín* di nemmeno otto mesi prima, nel novembre 2005 la Corte Suprema decise comunque di dare ingresso a due cause relative alla mancata applicazione della Con-

<sup>93</sup> Fa eccezione la sola sentenza *Jogi v. Voges, Carper, Madigan, and Piland*, *infra*, p. 58.

<sup>94</sup> Questo principio, posto dalla Corte Suprema nel 1998, nella decisione relativa al caso *Breard*, è stato infatti sempre seguito dalle corti inferiori. Come aveva già sottolineato l'Opinione del Giudice *ab hoc* annessa ad *Avena*, XI, § 66, tuttavia, «No court in the United States has found that there is cause for the prejudice in cases of a Vienna Convention claim, under the argument that Article 36 rights are not constitutional rights».

<sup>95</sup> La maggior parte delle decisioni nega invece che la prova sia raggiunta perché «The defendant did not present any evidence regarding his knowledge of his right to consular notification or whether he would have availed himself of the right. Most notably, there has been no showing that, had defendant contacted the consular post, assistance would have been provided».

<sup>96</sup> *Executive Order* 2004-17, May 13, 2004.

<sup>97</sup> «We find that Torres was actually prejudiced by the failure to inform him of his rights under the Vienna Convention, and by counsel's acts or omissions which might have affected his sentencing...The Governor's grant of clemency in Torres's case ensures that Torres is not subject to the death penalty. Any assistance Mexico could have given in this regard has become moot. The Executive Branch grant of clemency and limitation of Torres's sentence to life without the possibility of parole renders these issues moot. Under these circumstances, Torres has already received relief from his capital sentences. No further relief is required. Consequently, Torres's application for post-conviction relief is denied». In dottrina, vedi M.J. GOLDSMITH, *Torres v. State*, No. PCD-04-442 (Okla. Crim. App. May 13, 2004) (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing), 17 *Capital Defense Jn'l*, 2004, p. 261ss., nonché J.H. CARTER, *Avena in an Oklahoma Court*, Note from ASIL President.

venzione di Vienna: si tratta dei casi riuniti *Bustillo v. Johnson*<sup>98</sup> e *Sanchez-Llamas v. Oregon*<sup>99</sup>, la cui udienza orale si è tenuta il 29 marzo 2006 e che sono stati decisi il 29 giugno successivo<sup>100</sup>.

Nel caso *Bustillo*, la posta in gioco era rappresentata dalla “*procedural default*”, dal momento che la mancata osservanza dell’art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna era stata eccepita solo dopo che l’imputazione e la condanna erano state confermate in appello<sup>101</sup>, anche perché l’avvocato d’ufficio assegnato all’imputato nei due gradi di merito ignorava -per sua stessa ammissione- l’esistenza della Convenzione<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> No. 05-51, On Writ of Certiorari to the Supreme Court of Virginia.

<sup>99</sup> No. 04-10566, On Writ of Certiorari to the Supreme Court of Oregon.

<sup>100</sup> S. NELSON, *Medill News Service*, Northwestern University: «The evidence in Mario Bustillo’s trial was inconclusive. Several witnesses testified that it was not Bustillo, but another Honduran man who murdered James Merry outside a Springfield, Virginia, restaurant. Bustillo was convicted of the murder four months later and sentenced to 30 years in prison. While he was appealing, he was contacted by the Honduran consulate...Moises Sanchez-Llamas was arrested in December 1999 after he fired a gun at some police officers, wounding one in the leg. He was read his Miranda rights in Spanish and English but was never informed of his Vienna Convention right to contact the Mexican consulate. During a long interrogation process, Sanchez-Llamas made some incriminating statements and was charged with attempted murder and attempted aggravated murder...». A commento alla sentenza, si veda F.L. KIRGIS, *The Supreme Court Decides a Consular Convention Case*, *ASIL Insight*, vol. 10, 16, 7 luglio 2006 e *Consular Rights in America*, *Issue 31*, July 2006.

<sup>101</sup> «After his conviction became final, Bustillo filed a petition for a writ of habeas corpus in state court. There, for the first time, he argued that authorities had violated his right to consular notification under Article 36 of the Vienna Convention. He claimed that if he had been advised of his right to confer with the Honduran Consulate, he would have done so without delay. Moreover, the Honduran Consulate executed an affidavit stating that it would have endeavoured to help Mr. Bustillo in his defence, had it learned of his detention prior to trial. The state habeas court dismissed Bustillo’s Vienna Convention claim as procedurally barred because he had failed to raise the issue at trial or on appeal. The court also denied Bustillo’s claim of ineffective assistance of counsel, ruling that his belated claim that counsel should have informed him of his Vienna Convention rights was barred by the applicable statute of limitations».

<sup>102</sup> La Corte Suprema ha deciso sul punto che «Once Bustillo became aware of his Vienna Convention rights, nothing prevented him from raising an ineffective-assistance-of-counsel claim predicated on his trial counsel’s failure to assert the State’s violation of those rights. Through such a claim, full effect could have been given to Article 36, without dishonouring state procedural rules that are compatible with due process. Bustillo did not include a Vienna-Convention-based, ineffective-assistance-of-counsel claim along with his direct Vienna Convention claim in his initial habeas petition». Siamo dunque in presenza di una doppia “*procedural default*”.

Nel caso *Sanchez Llamas*, invece, la difesa aveva fatto valere senza successo sia dall'udienza *pre-trial*, che nel processo di primo grado e in appello, l'inefficacia probatoria delle dichiarazioni confessorie rese dall'imputato alla polizia senza previa informazione del diritto di poter godere dell'assistenza consolare<sup>103</sup>.

La Corte Suprema si è posta tre interrogativi: uno generale, riguardante entrambi i casi, «*does Article 36 create rights that defendants may invoke in criminal proceedings?*», e due relativi invece a ciascun caso: «*does a violation of Article 36 require suppression of a defendant's statements to police?*» [caso *Sanchez-Llamas*]; «*may a state, in post-conviction proceedings, treat a defendant's Article 36 claim as defaulted because he failed to raise the claim at trial?*» [caso *Bustillo*].

Poiché la soluzione dei problemi specifici è stata ritenuta conforme a quella già data dalle corti statali, la Corte Suprema si è auto-esentata dall'affrontare e dal risolvere espressamente il problema di fondo: i ricorrenti avrebbero perso la causa anche se l'art. 36 fosse stato interpretato nei sensi da essi auspicati; la Corte ritiene dunque senza decidere che così sia<sup>104</sup>.

Ma vediamo il dettaglio.

---

<sup>103</sup> Nel procedimento avanti la Corte Suprema, gli Stati Uniti hanno presentato una memoria, i cui punti salienti sono: «There is a long-established presumption that treaties and other international agreements do not create individual rights, unless there is a clear indication to the contrary. The history, structure and language of the Vienna Convention, make clear that signatories did not understand Article 36 to create individual rights... Even if the treaty conferred individual rights, suppression of evidence would not be an appropriate remedy. The treaty would not prevent states like Virginia from applying procedural default rules that doomed Bustillo's claims. A victory for the foreign nationals could encourage future litigants who want to assert rights under a variety of human rights treaties, including the Convention against Torture» (*sic!*). Sul problema della *suppression of evidence* in particolare, si veda K. E. FERRIS, *Violation of Vienna Convention on Consular Relations Does Not Warrant Suppression of Evidence – Commonwealth v. Diemer*, 57 Mass. App. Ct. 677 (2003), *review denied*, 439 Mass. 1106 (2003), *cert. denied*, *Diemer v. Massachusetts*, 540 U.S. 1150 (2004), 28 *Suffolk Transnational Law Rev.*, 2005, p. 369ss.

<sup>104</sup> «Because we conclude that Sanchez-Llamas and Bustillo are not in any event entitled to relief on their claims, we find it unnecessary to resolve the question whether the Vienna Convention grants individuals enforceable rights. Therefore, for purposes of addressing petitioners' claims, we assume, without deciding, that Article 36 does grant Bustillo and Sanchez-Llamas such rights». L'Opinione Dissidente Breyer *et al.* ha invece preso in considerazione (punto II) anche la prima questione, risolvendola nel senso della CIG, citando a conforto pronunzie di corti tedesche, australiane e canadesi.



**a. Bustillo v. Johnson**

Nonostante la questione ritenuta toccasse direttamente, come si è accennato, la regola della “*procedural default*” già due volte dichiarata incompatibile con la Convenzione di Vienna<sup>105</sup>, la Corte Suprema non svolge alcuna argomentazione al riguardo; essa si limita a richiamare il responso negativo deciso in *Breard v. Greene*<sup>106</sup>, cioè prima delle pronunce della CIG, e ad aggiungere che l’interpretazione della Corte Internazionale merita «*respectful consideration*»<sup>107</sup>, ma non la obbliga a riconsiderare il proprio modo d’intendere la Convenzione<sup>108</sup>. Ai sensi dell’art. 2.2 della Costituzione, infatti, il potere giudiziario negli Stati Uniti è ap-

---

<sup>105</sup> L’Opinione separata Koroma annessa a *La Grand*, §§ 3, 5 e 6, aveva lamentato che la CIG non avesse direttamente affermato che «A United States law, whether substantive or procedural in character, is inherently inconsistent with the obligations undertaken by the United States in the Vienna Convention» e avesse invece ritenuto la regola della *procedural default* «simultaneously both consistent and inconsistent with the United States obligations under the Convention».

<sup>106</sup> «In *Breard*, the petitioner argued that the Convention is the supreme law of the land and thus trumps the procedural default doctrine. We rejected this argument as plainly incorrect: it has been recognized in international law that, absent a clear and express statement to the contrary, the procedural rules of the forum State govern the implementation of the treaty in that State». L’Opinione Dissidente mette invece l’accento sull’art. 36 cpv., sottolinea l’obbligo dello Stato di dare pieno effetto ai diritti riconosciuti al primo comma ed afferma che questa norma «means that a State’s ordinary procedural default rules apply unless (1) the defendant’s failure to raise a Convention matter can itself be traced to the failure of the police to inform the defendant of those Convention rights, and (2) state law does not provide any other effective way for the defendant to raise that issue». La stessa Opinione esclude inoltre la fondatezza del riferimento a *Breard* poiché «*Breard* concerned a federal, rather than (as in *Bustillo*’s case) a state procedural default rule» e «those different kinds of rules are treated differently under the Supremacy Clause». L’Opinione si spinge poi fino ad affermare l’opportunità di una modifica della legislazione: «The modification is appropriate because the full effect proviso in Article 36(2) provides a clear and express statement that sometimes the Convention might trump a domestic procedural rule».

<sup>107</sup> *Contra*, il recente caso *Jogi v. Voges, Carper, Madigan, and Piland*, 425 F. 3d (7th Cir. 2005), N° 01-1657, anche in 119 *Harvard Law Rev.*, 2006, p. 2644ss., dove la CIG è definita «The international body with the authority to render binding interpretations of the Convention», evidenziandosi tuttavia che «This proposition is controversial in some circles» e che «The Supreme Court has not yet taken the step we have described».

<sup>108</sup> In senso opposto, cfr. Opinione Dissidente: «That respectful consideration counsels in favour of an interpretation that is consistent with the ICJ’s reading of the Convention here» e «To show that kind of respect, we must read the opinions in light of the Convention’s underlying language and purposes and ask whether, or to what extent, they require modification of a State’s ordinary procedural rules».

pannaggio della Corte Suprema e delle corti inferiori e si estende anche ai trattati<sup>109</sup>. E se pur è vero che la CIG ha dichiarato incompatibile con la Convenzione l'applicazione della *procedural default rule* fattane in *Breard*<sup>110</sup>, -di nuovo- «*nothing suggests that ICJ's interpretations were intended to be binding on U.S. courts*»<sup>111</sup>.

Del resto, si precisa, neppure la stessa Corte Internazionale avrebbe dovuto superare la chiara dizione della prima parte dell'art. 36.2, per la quale i diritti garantiti al primo comma vanno esercitati in conformità all'ordinamento interno dello Stato di ricezione<sup>112</sup>. E di più, in un sistema giuridico quale quello statunitense, la regola che sancisce la decadenza, essendo federale, prima su ogni diversa disposizione della Convenzione<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> «If treaties are to be given effect as federal law, determining their meaning as a matter of federal law is emphatically the province and duty of the judicial department». L'Opinione Dissidente conclude invece in senso contrario, adottando una soluzione intermedia: «[We] would remand these cases, thereby permitting the States to apply their own procedural and remedial laws, but with the understanding that Art. VI, clause 2 of the Federal Constitution ("All Treaties made ... under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land and the Judges in every State shall be bound thereby") requires that the application of those laws be consistent with the Convention's demand for an effective remedy for an Article 36 violation».

<sup>110</sup> Anche molti *amici curiae*, sottolinea la Corte, hanno sostenuto l'obbligo degli Stati Uniti di conformarsi all'interpretazione di *Avena*.

<sup>111</sup> L'affermazione è infatti ripetuta due volte: «The ICJ's decisions have no binding force except between the parties and in respect of that particular case. Any interpretation of law the ICJ renders in the course of resolving particular disputes is thus not binding precedent even as to the ICJ itself; there is accordingly little reason to think that such interpretations were intended to be controlling on our courts» e, con espresso riferimento al *Memorandum Bush*, «Although the United States has agreed to discharge its international obligations in having state courts give effect to the decision in *Avena*, it has not taken the view that the ICJ's interpretation of Article 36 is binding on our courts». *Contra* l'Opinione Dissidente, la quale sottolinea che «Today's decision interprets an international treaty in a manner that conflicts not only with the treaty's language and history, but also with the ICJ's interpretation of the same treaty provision. In creating this conflict, the Court's decision is unprecedented».

<sup>112</sup> L'Opinione Dissidente mette in evidenza che, mentre la maggioranza ritiene che «it would be odd to treat Convention rights more favourably than rights protected by the U. S. Constitution», «nations are of course free to agree to grant one another's citizens protections that differ from the protections enjoyed by citizens at home, particularly when circumstances call for differential treatment».

<sup>113</sup> L'Opinione Ginsburg aggiunge al riguardo, con riferimento all'applicazione della *Miranda clause*, che «It would be unseemly for this Court to command state courts to

Conscia inoltre dell'impunità guadagnata dagli Stati Uniti con la denuncia del Protocollo facoltativo, quali che fossero gli effetti di *LaGrand* e *Avena* prima di tale atto, -dice la Corte-, è perlomeno dubbio che si debba accordare oggi peso decisivo all'interpretazione di un tribunale, la cui giurisdizione in materia non è più accettata. Così, giurisdizione e diritto sostanziale sono confusi, è dimenticato il principio *tempus regit actum*<sup>114</sup> e il diritto interno prevale ovviamente in tutta facilità.

La supremazia del diritto interno sul diritto internazionale emerge tuttavia anche da un altro passo, nel quale la Corte sottolinea come la conclusione internazionalmente già raggiunta fin da *LaGrand* in tema di "procedural default" confligga irrimediabilmente con l'«adversarial system»<sup>115</sup> processuale statunitense, che si fonda sul principio per il quale spetta alla parte di articolare e di far valere circostanze di fatto ed argomentazioni giuridiche e di sottoporle ai tribunali «at the appropriate time for adjudication». Se l'interpretazione della nozione di "effetto pieno" elaborata dalla CIG fosse accolta, non solo la «procedural default rule» ne sarebbe sovvertita, ma -l'esagerazione è chiaramente voluta- anche ogni altra regola che impone alla parte di sottoporre alle corti le proprie doglianze entro un limite processual/temporale determinato, «such as statutes of limitations and prohibitions against filing successive habeas petitions»<sup>116</sup>. Il che val quanto dire: va bene il diritto internazionale, fin che

---

relax their identical, or even less stringent procedural default rules, while federal courts operate without constraint in this regard».

<sup>114</sup> *Jogi vs. Voges, Carper, Madigan, and Piland, cit.*, invece, afferma correttamente che «Although the Department of State, at the President's instruction, has since notified the United Nations that the United States was withdrawing from the Protocol, the President announced at the same time that he was directing the state courts to follow *Avena*. We interpret that action as an acknowledgment on the part of the Executive Branch that the withdrawal from the Optional Protocol is a prospective action only, and that it has no effect on disputes that were tendered to and finally decided by the ICJ before the withdrawal».

<sup>115</sup> «What makes a system adversarial rather than inquisitorial is...the presence of a judge who does not conduct the factual and legal investigation himself, but instead decides on the basis of facts and arguments pro and con adduced by the parties».

<sup>116</sup> L'Opinione Dissidente conclude invece che «The ICJ said that the Convention prohibits application of procedural rules that would bar assertion of a Convention violation claim only where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial and the defendant was not aware of those rights and the State is unwilling to provide some other effective remedy, for example an ineffective-assistance-of-counsel claim...Since procedural default rules themselves typically excuse defaults where a defendant shows cause and prejudice, it is difficult to see how

non pretenda di minare l'ordinamento interno *ab imis fundamentis*: se così dovesse essere, sarebbe chiedere troppo ad uno Stato e al suo sistema giuridico.

Del resto, precisa infine la Corte, l'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna è simile per natura e finalità alla *Miranda clause*: ebbene, se l'imputato omette di far valere fin da subito, nella fase *pre-trial*, o al più tardi in prime cure, un *Miranda claim*, la regola della *procedural default* gli si applica inesorabilmente<sup>117</sup>, e nessuno ha mai avuto alcunché da ridire. Non si vede dunque perché si dovrebbe procedere in modo diverso nei confronti di una regola sostanzialmente uguale<sup>118</sup>.

### ***b. Sanchez-Llamas v. Oregon***

In questo caso, come si accennava, alle corti di merito era stato chiesto «*to suppress*» le dichiarazioni pregiudizievoli rese alla polizia dall'arrestato -poi condannato su quella base-, non previamente posto a conoscenza del diritto attribuitogli dall'art. 36.1<sup>119</sup>.

---

this statement overlooks the importance of procedural default rules in an adversary system, or is inconsistent with the basic framework of that system».

<sup>117</sup> Vedi da ultimo *The People v. Ontiveros*, Corte d'Appello del 4 District, Stato della California, N° SCE211301- June 23, 2006.

<sup>118</sup> Cfr. Opinione Concorrente Ginsburg. L'Opinione Dissidente è di diverso avviso: «Article 36 says both that its rights shall be exercised in conformity with the host country's laws and regulations and that those laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which those rights are intended. This interpretation makes both the "conformity" requirement and the "full effect" requirement meaningful. And the ICJ specified that the Convention forbids American States to apply a procedural default rule to bar assertion of a Convention violation claim where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial. The majority's argument overlooks what the ICJ actually said, overstates what it actually meant, and is inconsistent with what it actually did».

<sup>119</sup> I precedenti sono molti, e tutti con esito negativo. Oltre a *United States v. Li, cit.*, a *U.S. v. Lombera-Camorlinga, cit.*, e a *The People of the State of New York v. Herrera, cit.*, cfr. ad es. *United States v. De La Pava*, 268 F.3d (2d Cir., 2001); *Murphy v. Netherlands, cit.*; *United States v. Page*, 232 F.3d (6th Cir., 2000); *United States v. Chaparro-Alcantara*, 226 F.3d (7th Cir.2000); *United States v. Ortiz*, 315 F.3d (8th Cir., 2002); *Tumbaco Chavez v. State of Oregon*, (CR9801722; CA A106896) 2000; *The people of the State of Illinois v. Vasquez*, No. 99-CF-540-2-03-0042 (senza data); *State of Ohio v. Gulerteikin*, 99AP-900, June 8, 2000 e *The People v. Ontiveros, cit.* e *The People of the State of Colorado v. Preciado-Flores*, Colorado Court of Appeals, N° 99CA2533, October 2002. Dalla so-

La Convenzione, obietta la Corte, non prescrive l'adozione di rimedi processuali specifici<sup>120</sup>: anzi, affida l'applicazione dell'art. 36 all'ordinamento interno dei singoli Stati. *Sanchez-Llamas*, invece, non solo fonda la sua domanda sull'idea che la «*suppression*» costituisca un rimedio appropriato tanto ai sensi della Convenzione che del diritto interno<sup>121</sup>, ma chiede che il suo *petitum* venga accolto in virtù dell'autorità che la Corte Suprema ha «*to develop remedies for the enforcement of federal law in state-court criminal proceedings*».

Nessun potere di supervisione, si risponde, esiste tuttavia in capo alla Corte Suprema nei confronti delle sentenze delle corti statali, con la sola eccezione dei casi di violazione del Quarto, Quinto e Sesto Emendamento<sup>122</sup>. Di più, si aggiunge, dal momento che nessuna disposizione della

---

miglianza dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna con la *Miranda clause*, WILLIAMS, *cit.*, p. 20 trae invece la conclusione che «The courts should treat a confession obtained in violation of the Vienna Convention the same as it would a confession obtained in violation of Miranda. The rationale for excluding confessions without providing Miranda warnings is that the interrogation process is often so intimidating to a suspect, that the confession may not be reliable. A confession which is obtained from a foreign national, who is often unfamiliar with the American legal system is also unreliable. Therefore, any inmate from whom a confession was extracted without providing consular access, should have his conviction and sentence reevaluated in the same manner that a Miranda-defective confession would be. Thus, if the admission of the confession harmed the defendant, he should be entitled to a new trial».

<sup>120</sup> *Contra, Jogi v. Voges, Carper, Madigan, and Piland, cit.*: «It is unremarkable that the Vienna Convention does not spell out particular methods of enforcement. Treaties, after all, are signed by countries with differing legal systems that provide different kinds of remedies».

<sup>121</sup> «In *Sanchez-Llamas's* view, although full effect may not automatically require an exclusionary rule, it does require an appropriate judicial remedy of some kind. There is reason to doubt this interpretation. In particular, there is little indication that other parties to the Convention have interpreted Article 36 to require a judicial remedy in the context of criminal prosecutions».

<sup>122</sup> «Federal courts hold no supervisory authority over state judicial proceedings and may intervene only to correct wrongs of constitutional dimension» che riguardino «unreasonable searches» e «coerced confessions». «Unlike the search-and-seizure context -where the need to obtain valuable evidence may tempt authorities to transgress Fourth Amendment limitations», aggiunge la sentenza, «police win little, if any, practical advantage from violating Article 36. Suppression would» dunque «be a vastly disproportionate remedy for an Article 36 violation». In senso contrario, si veda l'Opinione Dissidente Torruella, annessa ai casi riuniti *United States v. Li, cit.*: «What the majority does not discuss, however, is what makes these rights fundamental. In my view, we consider these rights fundamental not merely because they appear in the Constitution, but because they are essential to the fair and efficient administration of our justice system. In my view, the right to

Convenzione prevede espressamente la «*statements suppression*», ogni decisione in tal senso estenderebbe indebitamente l'ambito delle obbligazioni internazionali degli Stati Uniti<sup>123</sup> e «*add to any treaty*» non ricade nel potere di quanti amministrano giustizia.

Nulla impedisce invece che la violazione dell'art. 36.1(b) costituisca parte di un «*challenge to the voluntariness*» delle dichiarazioni fatte alla polizia: nessuna indicazione è tuttavia fornita sulle circostanze in cui la violazione stessa potrebbe rendere la dichiarazione «*involuntary*», né sugli effetti generali o specifici che le corti di merito dovrebbero derivarne. La similitudine con la *Miranda clause* non viene ripresa né proseguita fino alle conseguenze che da questa discendono, cioè l'aversi per non avvenuta ogni affermazione, confessione o dichiarazione ottenuta senza previa comunicazione della formula di rito, purché -come *Sanchez-Llamas* aveva fatto per l'art. 36.1(b)- la circostanza sia stata puntualmente eccepita nei tempi dovuti (*procedural default*).

Il punto più grave della motivazione di questa parte della decisione è però forse quello in cui la Corte Suprema, riprendendo testualmente parte delle affermazioni della difesa USA davanti alla CIG<sup>124</sup> e contraddi-

---

consular notification and access responds to the same basic concerns for fairness and efficient administration of justice as does the right to counsel...Without the aid of consular official, I think that we presume too much to think that an alien can present his defence with even a minimum of effectiveness. The result is injury not only to the individual alien, but also to the equity and efficacy of our criminal justice system».

<sup>123</sup> L'Opinione Dissidente ritiene invece che «Sometimes suppression could prove the only effective remedy. And, if that is so, then the Convention, which insists upon effective remedies, would require suppression in an appropriate case. Much depends upon the circumstances. It may be true that in most circumstances, there is likely to be little connection between an Article 36 violation and evidence or statements obtained by police. But one cannot guarantee in advance that *Miranda* will adequately cure every seriously prejudicial failure to inform an arrested person of his right to contact his consular post. One can imagine a case, for example, involving a foreign national who speaks little English, who comes from a country where confessions made to the police cannot be used in court as evidence, who does not understand that a state-provided lawyer can provide him crucial assistance in an interrogation, and whose native community has great fear of police abuse. A person who fully understands his *Miranda* rights but does not fully understand the implications of these rights for our legal system may or may not be able to show that his confession was involuntary under *Miranda*, but he will certainly have a claim under the Vienna Convention. In such a case suppression of a confession may prove the only effective remedy. I would not rule out the existence of such cases in advance».

<sup>124</sup> «Indeed, Article 36 does not guarantee defendants any assistance at all. The provision secures only a right of foreign nationals to have their consulate informed of their arrest or detention, not to have their consulate intervene, or to have law enforcement

cendo il precedente paragone con *Miranda*, afferma che il diritto all'informazione sull'assistenza consolare è -al più- «*remotely connected to the gathering of evidence*» in quanto la mancata informazione «*is unlikely, with any frequency, to produce unreliable confessions*»<sup>125</sup>.

## 5. Conclusioni

La pronuncia della Corte Suprema nei casi riuniti *Bustillo e Sanchez Llamas* sembra (si tratta ovviamente d'ipotesi e di supposizioni) dovuta, più che a *technicalities*, a due ragioni politiche: la prima costituita dal fatto che la denuncia del Protocollo facoltativo annesso alla Convenzione di Vienna impedirà in futuro qualsiasi contenzioso internazionale in materia a carico degli Stati Uniti; la seconda dal fatto che la Corte era stata concomitantemente investita di un problema ancor più spinoso, quello della legittimità o meno delle commissioni militari speciali istituite dal Presidente per giudicare i detenuti per terrorismo di *Guantanamo*<sup>126</sup>. In una visione strategica dell'esercizio del potere giudiziario, non desta sorpresa che la massima autorità giurisdizionale del paese, decisa a contenere l'Esecutivo, si sia concentrata su problemi suscettibili di accreditare nel mondo un'immagine positiva o negativa della democrazia statunitense ed abbia tralasciato invece di approfondire con la cura dovuta profili giuridici che concernono in prevalenza masse anonime di persone venute negli Stati Uniti solo per sopravvivere.

A ciò si aggiunge naturalmente anche il tradizionale atteggiamento di

---

authorities cease their investigation pending any such notice or intervention. In most circumstances, there is likely to be little connection between an Article 36 violation and evidence or statements obtained by police».

<sup>125</sup> E all'argomentazione dell'attore, per la quale «The failure to inform defendants of their right to consular notification gives them a misleadingly incomplete picture of their legal options», oppone che «Leaving aside the suggestion that it is the role of police to advise defendants of their legal options, we think other constitutional and statutory requirements effectively protect the interests served, in Sanchez-Llamas' view, by Article 36» ed afferma con petizione di principio che ogni straniero detenuto negli USA è protetto dalla regola dell'equo processo. Cfr. anche J.M. GÓMEZ-ROBLEDO, *El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estado Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 173ss.

<sup>126</sup> *Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defence, et Al.*, N° 05 -184-Decided June 29, 2006.

diffidenza, se non di ostilità, verso il diritto internazionale convenzionale<sup>127</sup> che, pur proclamato dall'art. 6.2 della Costituzione «*supreme Law of the Land*» e, in quanto tale, «*enforceable in courts as long as it is self-executing*» come la Convenzione di Vienna<sup>128</sup>, è da sempre avvertito come un corpo estraneo, «reo» di voler disciplinare -soprattutto quando lo pretenda in via preminente- fattispecie cui la sovranità federale e/o statale può provvedere o provvede già in modo egregio, e comunque consono al comune sentire dell'opinione pubblica dominante.

La sentenza assegna infatti *de facto* al diritto internazionale la natura di un sistema che va applicato nei soli limiti in cui il diritto interno lo consenta, il richiamo alla prevalenza dei princîpi del diritto statale è continuo, anche a scapito della più semplice lettura della norma pattizia, ed evidente è la cura che l'ordinamento nazionale resti intatto e non scalfito in alcuna delle sue regole da fattori esterni<sup>129</sup>: la necessità dell'*effet utile* di cui all'art. 36 cpv. della Convenzione è totalmente obliterata.

Per negare ogni possibilità di applicazione preferenziale del diritto internazionale, la Corte Suprema ha dovuto del resto necessariamente imboccare, nella parte motiva concernente *Sanchez Llamas*, una strada opposta a quella di *LaGrand* e *Avena*, affermando, come si è visto, che il

---

<sup>127</sup> Cfr. ad esempio E. DECK HARRILL, *Exorcising the Ghost: Finding a Right and a Remedy in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations*, 55 *South Carolina Law Rev.*, 2004, p. 569ss.; J. FITZPATRICK, *cit.*, p. 427; M. FLEISHMAN, *Reciprocity Unmasked: The Role of the Mexican Government in Defence of its Foreign Nationals in United States Death Penalty Cases*, 20 *Arizona Jn'l of Int'l and Comparative Law*, 2003, p. 359ss.: «Currently, the United States remains impervious to international pressure concerning abuses of the Vienna Convention. This resistance has been bolstered by the combined force of unabated freedom of individual states to uphold their criminal laws; the federal government's impotence to control state action; and the judiciary's unwillingness to recognize the force of international treaty obligations» e J. QUIGLEY, *American Style in International Human Rights Adjudication*, 19 *Ohio State Jn'l on Dispute Resolution*, 2003, p. 249ss., in particolare p. 258.

<sup>128</sup> Cfr. la dichiarazione del Dipartimento di Stato prima della ratifica. Davanti alla Corte Interamericana, tuttavia, l'avvocato dello stesso Dipartimento di Stato fece valere che «The Vienna Convention does not require the domestic courts of State parties to take any actions in criminal proceedings, either to give effect to its provisions or to remedy their alleged violation».

<sup>129</sup> L'Opinione Dissidente afferma infatti che «Rather than seek to apply Article 36's language and purposes to the federal/state relationships that characterize America's legal system, the Court simply rejects the notion that Article 36(2) sets forth any relevant requirement».



diritto all'informazione sull'assistenza consolare è «*at best remotely connected to the gathering of evidence*» e, nella parte concernente *Bustillo*, eliminando alla radice ogni possibilità del pur contestabile rimedio delle «*evidentiary hearings*», tra l'altro con grave possibile pregiudizio per i molti casi analoghi pendenti e futuri.

Il problema della *procedural default* è inoltre solo apparentemente trattato in maniera autonoma rispetto a quello della *suppression of evidences*, e viceversa: quest'ultima, dice la Corte, non costituisce "rimedio appropriato" -nel silenzio della Convenzione e delle decisioni della CIG-, potendo essere concessa negli Stati Uniti solo per la violazione di norme costituzionali, ma, aggiunge, se anche lo fosse, la relativa azione sarebbe improponibile perché ormai preclusa da tempo. Ciò spiega per un verso la trattazione riunita dei due casi, ma costituisce nella sostanza un vicolo cieco e un labirinto senza filo di Arianna: preclusa sarebbe infatti anche l'azione di risarcimento civile per cattivo patrocinio dell'avvocato ignorante. Insomma, davvero non si comprende come l'unica vera vittima della (doppia) situazione di discriminazione, cui non si può certo rimproverare di non aver personalmente azionato fin da subito il diritto che gli deriva dall'art. 36 della Convenzione di Vienna, possa finalmente vedere la "sua giustizia" *comply with Avena*.

Neppure l'Opinione dissidente esce del resto da una visione eccentrica del diritto internazionale quando ritiene, ferma ancora a *Breard*, che lo straniero dovrebbe bensì poter ottenere un "riesame" e una "revisione" del verdetto di colpevolezza e della pena irrogata, ma avendo dimostrato tuttavia previamente di aver subito un pregiudizio a causa della violazione dell'art. 36.1(b) della Convenzione di Vienna. La CIG, tuttavia, non ha statuito che, oltre al danno, occorra anche la beffa: né può ritenersi che il riferimento della norma convenzionale alle modalità processuali di "rimedio" previste dall'ordinamento interno dello Stato di ricezione possa spingersi fino a pretenderla.

La conclusione menzionata discende in parte, -è vero-, dalla mancata decisione della CIG circa la natura del diritto all'informazione sull'assistenza consolare e dalla mancata condivisione, da parte di quest'ultima, della tesi della Corte Interamericana: se questo diritto individuale azionabile davanti ai tribunali di ogni Stato membro avesse natura di diritto fondamentale, nessuna dimostrazione di danno sarebbe necessaria, risiedendo questo nella violazione stessa, e tanto meno una dimostrazione specifica e "tipica". La (mancata) premessa avrebbe tuttavia portato a concludere, come la Corte Interamericana ha fatto anche in sede conten-

ziosa<sup>130</sup>, che il processo deve essere almeno parzialmente rifatto, in quanto viziato *ab initio*<sup>131</sup>. Di più, in applicazione della nozione di vittima e di vittima potenziale, tutti i processi pendenti e futuri con identico vizio si sarebbero trovati in situazione di pericolo.

La costruzione della necessità della prova del danno che, secondo la prassi ormai da tempo accreditata, può essere raggiunta superando positivamente un triplice *test* fondato su presunzioni semplici<sup>132</sup>, non acquista tuttavia per questo legittimità concettuale: essa traspone infatti *de plano* al diritto interno e ai rapporti Stato/individuo la figura dell'illecito aquiliano disegnata dalla CIG nei rapporti Stato/Stato, senza darsi carico del fatto che la conseguenza che ne deriva è assurda: il diritto internazionale può essere impunemente violato dallo Stato nei confronti dei sottoposti alla sua giurisdizione, se non ne consegua un danno dimostrato.

All'Opinione dissidente manca inoltre la coerenza logica mostrata nel recente caso *Jogi* dalla *Court of Appeal* del 7° *Circuit*<sup>133</sup> la quale, -conseguentemente alla premessa per la quale non esiste nel diritto interno al-

<sup>130</sup> Si veda per tutti la decisione resa nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, sentenza C 52 del 30 maggio 1999.

<sup>131</sup> Salvo aver poi il problema di decidere quale materiale probatorio raccolto nel "vecchio" processo potrebbe essere utilizzato (o non utilizzato) nel secondo. Su questo punto, si veda ancora la giurisprudenza della Corte Interamericana, e segnatamente la sentenza C 119 del 25 novembre 2004 relativa al caso *Lori Berenson Mejía c. Perú* e l'opinione Dissidente Medina Quiroga.

<sup>132</sup> BISHOP, *cit.*, p. 58ss: «In order to show actual prejudice due to an alleged deprivation of notification due under the Vienna Convention, a defendant must show (1) that he did not know of his right to consular assistance; (2) that he would have availed himself of that right; and (3) that there was a likelihood that the contact with the consul would have resulted in assistance to him».

<sup>133</sup> «In 1995, Tejpal Jogi, a citizen of India residing in the United States, was charged with aggravated battery with a firearm in Champaign County, Illinois. Although investigators were aware of Jogi's Indian citizenship, he was never informed of his right to contact the Indian consulate for legal assistance. Nor is there any hint that the Champaign County law enforcement officials ever contacted the Indian consulate on their own initiative on Jogi's behalf. After pleading guilty, serving six years of his twelve-year sentence, and being removed to India, Jogi filed a pro se complaint in federal court, seeking compensatory, nominal, and punitive damages against county officials. Jogi's complaint relies on the Alien Tort Statute». A commento della sentenza, si veda J. R. CROOK, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: State Diplomatic and Consular Relations: Seventh Circuit Allows Suit Seeking Damages for Lack of Consular Notification*, 100 *American Jn'l of Int'l Law*, 2006, p. 217ss.

cun “rimedio” per l’illecito<sup>134</sup> commesso dallo Stato nei confronti dello straniero-, ha sancito il diritto della “vittima” un risarcimento monetario, rimesso poi per la quantificazione alla corte di primo grado. «*The language and negotiation history of Article 36 are unambiguous and the treaty established an individual right of consular notification. Because the Convention mentioned no particular enforcement measures, Article 36’s directive that a signatory’s laws must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under the Article are intended, is of particular importance: in the absence of any administrative remedy or other alternative to measures (such as suppression of evidence), a damages action is the only avenue left. This remedy must be available if the United States is to remain consistent with other signatories*»<sup>135</sup>.

Allo stato attuale delle cose, agli stranieri che per una qualsiasi ragione si trovino anche momentaneamente privati della libertà personale non resta dunque che puntare non certo sull’ultima sentenza texana *in re Medellín*, quasi sicuramente negativa, quanto sul ricorso che inevitabilmente ne scaturirà alla Corte Suprema, che ha chiaramente mostrato di attenderselo, cioè in un ripensamento di questa. La tematica giuridica sarà tuttavia, allora, più complessa, essendo più che ragionevole immaginare che vi sarà compreso anche il problema della legittimità costituzionale del *Memorandum Bush*.

Speriamo bene..., ma l’Aja e San José sembrano ormai tanto lontane.

## 6. *Post factum*

Nelle more della pubblicazione di questo scritto<sup>136</sup>, l’*American Society of International Law* ha reso noto l’esito del giudizio della Texas Criminal Court sulla domanda di *writ of habeas corpus* proposta da José Medellín Rojas<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Anche se la Corte aggiunge che «We need not to decide whether a violation of Article 36 is best characterized as a tort or a regulatory violation».

<sup>135</sup> DECK HARRILL, cit., p. 571, sottolinea non senza desolante fondatezza che «Violations of the Vienna Convention are costless to those committing the violations, and non-compliance in the United States will continue unless and until costs are imposed on willful violators».

<sup>136</sup> Cfr. F.L. KIRGIS, *The Texas Court of Criminal Appeals Decides Medellín’s Consular Convention Case*, *ASIL Insight*, Volume 10, Issue 32, December 8, 2006. Il verdetto è stato pronunciato il 15 novembre 2006.

<sup>137</sup> Cfr. *supra*, p. 45.

Come era da attendersi, la corte ha negato all'unanimità ogni possibile forma di revisione del processo e/o della condanna, affermando che *"the ICJ Avena decision and the Presidential memorandum do not constitute binding federal law that could preempt a Texas statute limiting the availability of habeas corpus relief"*.

Sul primo punto, il tribunale richiama la pronunzia della Suprema Corte qui sopra commentata e se ne avvale per ribadire che *"claims under Article 36 of the Vienna Convention may be subjected to the same procedural default rules that apply generally to other federal-law claims"* e che alla decisione resa dalla CIG in *Avena* può al più attribuirsi *"respectful consideration"*: primo effetto perverso della prevalenza del diritto interno sul diritto internazionale riaffermata dalla massima autorità giurisdizionale del Paese<sup>138</sup>.

Quanto al secondo punto, ben più estesamente trattato, il tribunale<sup>139</sup>, dopo aver sottolineato che il *Memorandum* Bush *"is unprecedented"*, si è diviso: alcuni giudici hanno affermato che il Presidente -ordinando alle corti di dare esecuzione alle statuizioni della CIG contenute in *Avena*- ha ecceduto *"his constitutional authority by intruding into the independent powers of the judiciary"*, poiché egli non può *"dictate to the judiciary what law to apply or how to interpret the applicable law"*<sup>140</sup>; altri hanno invece sostenuto che la natura formale dell'atto presidenziale ne impedisce comunque la primazia rispetto alle leggi. Come che sia, la decisione internazionale è stata nuovamente disattesa *in toto*, la posta in gioco essendo infatti l'iniqua applicazione ad oltranza della regola della decadenza processuale.

Anche l'estensore della nota informativa dell'*ASIL* dà per certo che

<sup>138</sup> La nota dell'*ASIL* pone correttamente in evidenza che, essendo *Medellín* uno dei messicani direttamente toccati da *Avena*, *"under Articles 59 and 60 of the ICJ Statute, the ICJ's decisions have binding force as a matter of international law as between the parties to the specific case it has decided"*.

<sup>139</sup> Contro il parere del governo federale, intervenuto come *amicus curiae*.

<sup>140</sup> *"When issuing the February 28, 2005, memorandum"*, aggiunge il tribunale, *"the President's authority was not at its maximum because the President did not act pursuant to an express or implied authorization of Congress...Based on the foregoing, we hold that the President's memorandum ordering us to give effect to the ICJ Avena decision cannot be sustained under the express or implied constitutional powers of the President relied on by Medellín and the United States or under any power granted to the President by an act of Congress cited by Medellín and the United States. As such, the President has violated the separation of powers doctrine by intruding into the domain of the judiciary, and therefore, Medellín cannot show that the President's memorandum preempts Section 5"*.

*Medellín Rojas* radicherà prontamente presso la Corte Suprema una nuova azione, volta ad ottenere un altro (secondo) *writ of certiorari* e che dunque “la palla” ritornerà nelle mani dei più alti giudici del Paese. Quale sarà il giudizio che ne potrà scaturire, è difficile dire oggi. Se *Medellín Rojas* non fosse rinchiuso nel braccio della morte, si potrebbe dire: “e la storia continua”.